Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftlichen Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

Vorgelegt von
Wilhelm Bruy
Referendar am Amtsgericht Ludwigsburg.

Druck der Buchdruckerei Eugen Göbel in Tübingen
1929

Referent: Prof. Dr. Arthur Schmidt.

Mündliche Prüfung: 8. März 1929.

Meinen Eltern

Einteilung.

§ 1. I. Einleitung 7

§ 2. II. Begriff der Wechselbezüglichkeit 8
Die Definition in § 2270 I — Die Meinung der Wissenschaft — Einseitig wechselbezügliche Verfügungen — Bedeutung der Wechselbezüglichkeit.

§ 3. III. Gemeinschaftlicher Widerruf 14
Begriff — Formen — Widerruf des Widerrufs — Wirkung.

IV. Einseitiger Widerruf

§ 4. 1. nicht-wechselbezüglicher Verfügungen 17
Möglichkeit — Wirkung — Formen — Widerruf des Widerrufs.

2. wechselbezüglicher Verfügungen

§ 5. a) bei Lebzeiten beider Ehegatten 18
Persönliche Voraussetzung — Form — Zugehen der Erklärung — Wirkung — teilweiser Widerruf.

§ 6. b) nach dem Tod eines Ehegatten 25
Rechtliche Bedeutung des Todes eines Ehegatten — Bindung des Überlebenden — Erhaltung des Widerrufsrechts: Voraussetzung — Frist und Form — Wirkung — Besondere Gründe zum Widerruf: Verfehlungen des Bedachten — Enterbung in guter Absicht.

§ 7. Verfügungsmacht des überlebenden Ehegatten ohne Ausschlagung i. S. des § 2271 II. 34

§ 8. 3. Gleichzeitiger Widerruf wechselbezüglicher und nicht wechselbezüglicher Verfügungen 37

§ 9. V. Abänderung des gesetzlichen Widerrufsrechts 37

Literaturverzeichnis.

Alffers, Albert, Das gemeinschaftliche Testament nach gemeinem Recht usw. Greiffsw. Diss. 1899.

Böhm, Das Erbrecht des BGB. 2. A. 1900.

Broschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis. 1903—05.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd 2., 7. A. 1924.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs usw. Band 5: Deutsches Erbrecht. 3. A. 1911.

Dernburg, Preuß. Priv.-Recht 4.—5. A. 1896—97.

Ebbecke, Gemeinschaftliches Testament der Ehegatten im „Recht" 27. Jahrgang, Sp. 84 ff 1923.

Eccius-(Förster), Preuß. Priv-Recht 5. A. 1887—88.

Eck-(Leonhard), Vorträge über das Recht des BGB. 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. A. 1919—20.

Enneccerus in den „Verhandlungen des 20. deutschen Juristentags" Bd. 4. 1889.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 19. bis 21. A. Bd. 2, 3. 1928.

Fischer im Archiv für bürgerliches Recht. 6, 34.

Frommhold, Das Erbrecht des BGB., im Kommentar zum BGB., Buch 5. 1900.

Göz im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 45.

Goldmann, Das gemeinschaftliche Testament unter besonderer Berücksichtigung des sog. Berliner Testaments in „Gruchots Beiträgen" Bd. 48, S. 64 ff.

Hasse, Vom wechselseitigen Testament usw. im „Rheinischen Museum für Jurisprudenz" Bd. 3. S. 490 ff. 1829.

Hellmann in Kritische Vierteljahrsschrift für die ges. Gesetzgebung. Bd. 39, S. 212 ff. 1897.

Hölder, Das eigenhändige Testament in Jherings Jahrbüchern, Bd. 41 S. 303 ff. 1900.

Kreiß, Richard, Der Widerruf des Testamentes usw. Rostocker Diss. 1911.

Kretzschmar, Das Erbrecht des deutschen BGB., 2. A. 1913.

Küntzel, Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des BGB., in Gruchots Beiträgen, Bd. 41, S. 607 ff. 1897.

Landsberg, Das Recht des BGB. 1904.

Löwenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente im BGB. 1899.

Mantey, Darf der überlebende Ehegatte das gemeinschaftliche Testament anfechten? In Gruchots Beiträgen, Bd. 52, S. 384 ff.

Martens, Maximilian, Form und Wirkung des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments. Rostocker Diss. 1907.

Mattes, Hugo, Das gemeinschaftliche Testament nach dem BGB., Gießen, Diss.. 1902.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. A. 1910.

Meyer, Paul, Das gemeinschaftliche Testament des BGB. 1908.

Motive zu dem Entwurf eines BGB., Bd. 5: Erbrecht. 1888.

Mühlenpfordt, Emil, Die Widerruflichkeit korrespektiver Testamente. Erlanger Diss. 1896.
Planck's Kommentar zum BGB., Bd. 5, 3. A. 1908.
Proske, Die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testament und einem Erbvertrag. 1905.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB., Bd. 5. 1899.
Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens. Bd. 2, 1821.
Regula, Hans, Über den einseitigen Widerruf korrespektiver Testamente. Göttinger Diss. 1896.
RGR-Komm. = Kommentar der Reichsgerichtsräte, herausgeg. von Busch u. a. Bd. 5: Erbrecht. 6. A. 1928.
Staudinger-(Herzfelder), Kommentar, Bd. 5: Erbrecht. 9. A. 1928.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 1885.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB. 3. A. 1903.
Verhandlungen des 20. deutschen Juristentags. Bd. 4. 1889.
Windels, Heinrich, Das gemeinschaftliche Testament. Leipziger Diss. 1903.
Wohlfahrt, Theodor, Das gemeinschaftliche Testament nach dem BGB. Breslauer Diss. 1909.
Zetzsche, Vertragsähnliches im korrespektiven Testament. Jenaer Diss. 1905.

§ 1.

1. Einleitung.

Das deutsche Familienrecht, in dem Gütergemeinschaft, fortgesetzte Gütergemeinschaft und Gesamthand die grundlegenden Institutionen waren, ließ für eine Vermögensverteilung für die Zeit nach dem Tode nur die Möglichkeit offen, daß beide Ehegatten gemeinschaftlich über ihr Eigen verfügten. Wenn durch die Rezeption des römischen Rechts mit seinem starren Individualismus auch die einseitige letztwillige Verfügung nach Deutschland kam, dann zeigt die gewohnheitsrechtliche Herausbildung des gemeinschaftlichen Testaments, daß jener Gedanke nicht zu unterdrücken war. Mit dem gemeinschaftlichen Testament wurde ein deutschrechtliches Institut in römischrechtliche Form gebracht. Damit war aber zugleich auch eine Fülle von Streitfragen erzeugt.

Im ersten Entwurf des BGB. wurde erneut der Versuch gemacht, das gemeinschaftliche Testament zu unterdrücken [1]). Wenn es auch nach schweren Kämpfen [2]) vom zweiten Entwurf aufgenommen wurde, so hat diese spätere Einarbeitung sicher nicht dazu beigetragen, die Einheitlichkeit des Instituts zu fördern. Im Reichstag wurden zwar die Bestimmungen über das gemeinschaftliche Testament selbst nicht mehr geändert, aber durch die Einführung des holografischen Testaments sind doch die Formen seiner Errichtung ganz andere geworden. Nicht zuletzt damit hängt es zusammen, daß gerade die Vorschriften über den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments und seiner einzelnen Verfügungen in gar keinem Verhältnis zu den Formen seiner Errichtung stehen [3]).

Mit dem oben erwähnten Herauswachsen des gemeinschaftlichen Testaments aus dem deutschen Familienrecht und der heute noch vorhandenen Auffassung der Ehe als inniger Lebensgemeinschaft, wie sie unser Rechtssystem besonders durch die Normierung der verschiedenen Gütergemeinschaften zum Ausdruck bringt, ist es

---

[1]) Vgl. Motive Bd. V S. 253 ff, die das Verbot in § 1913 des I. Entw. begründen.

[2]) Vgl. dazu besonders Enneccerus in den Verhandlungen des 20. deutschen Juristentags Bd. 4, S. 314 ff.

[3]) Ähnlich bei der Zustimmung zum Ausschluß aus der fortges. Gütergemeinschaft § 1516 Abs. 2, S. 3 und zur Aufhebung einer erbvertragsmäßigen Verfügung § 2291 II. S. 1.

begründet, daß das gemeinschaftliche Testament auch heute eine der häufigsten, wenn nicht die häufigste Form der Verfügung von Todes wegen ist. Die Eigentümlichkeit des gemeinschaftlichen Testaments, daß die Verfügungen der Ehegatten regelmäßig in einem bestimmten Abhängigkeitsverhältnis voneinander[4]) errichtet werden, hat zur Folge, daß gerade für den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments besondere Bestimmungen notwendig sind.

Die aus der eigenartigen Entwicklung des Institutes und der darauf bezüglichen Bestimmungen des geltenden Rechts sich ergebenden Streitfragen und Zweifel und ihre Beurteilung sollen den Inhalt der nachfolgenden Abhandlung bilden.

§ 2.

II. Der Begriff der Wechselbezüglichkeit.

Eine besondere Bedeutung erlangt das gemeinschaftliche Testament dadurch, daß bei ihm nicht die letzwilligen Verfügungen der beiden Erblasser als zwei Einzeltestamente nebeneinander stehen, sondern daß zwischen diesen Verfügungen Beziehungen eigener Art vorhanden sein können. Diese Verfügungen bezwecken nicht die Verteilung des hinterlassenen Vermögens an sich, sondern die Verteilung gerade mit Rücksicht auf die Verfügungen, die der andere Erblasser im gemeinschaftlichen Testament trifft. Wenn in solchem Fall von einem „testamentum correspectivum" gesprochen wird, so ist das insofern unrichtig, als in einem gemeinschaftlichen Testament neben den wechselbezüglichen auch noch andere nichtwechselbezügliche Verfügungen enthalten sein können[1]). Die Frage, inwieweit solche Rücksichten bestehen, ist rechtlich ohne Bedeutung, wenn das Testament, ohne von irgend einer Seite angefochten zu sein, durchgeführt wird.

Eine Untersuchung ist erst notwendig, wenn die Verfügungen eines Erblassers aus irgend einem Grund nicht in Kraft treten. Dann aber, und deshalb auch für diese Arbeit, ist das Problem der Wechselbezüglichkeit geradezu grundlegend.

Über die Frage, was unter wechselbezüglichen Verfügungen zu verstehen sei, finden wir eine Legaldefinition in § 2270 Abs. 1 BGB.: „Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen sein würde, so hat die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirk-

[4]) Darüber s. u. § 2.
[1]) Meyer S. 41, Mattes S. 25.

samkeit der andern zur Folge." Trotz dieser Definition ist die Wissenschaft über den Begriff der Wechselbezüglichkeit durchaus nicht einig. Fragen wir uns, welche Verfügungen überhaupt wechselbezüglich sein können, dann haben wir zunächst § 2270 III zu beachten: „Auf andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen findet die Vorschrift des Abs. 1 keine Anwendung." Andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen sind also nie wechselbezüglich i. S. des § 2270 Abs. 1 [2]) [3]). Solche sind vor allem: Ernennung eines Vormunds, eines Testamentsvollstreckers, die Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge, die Entziehung des Pflichtteils, eine Teilungsanordnung. Diese Verfügungen enthalten keine vermögensrechtlichen Zuwendungen und stehen mit diesen nicht in Zusammenhang. Deshalb wird § 2270 Abs. 1 nicht auf sie angewendet. Sie können daher, ohne Rücksicht darauf, ob das Testament ein wechselbezügliches ist oder nicht, d. h. ein solches, in dem wechselbezügliche Verfügungen enthalten sind oder nicht, nach den für den Widerruf einer letztwilligen Verfügung geltenden allgemeinen Vorschriften [4]) widerrufen werden [5]). Wollen aber die Erblasser, die in einem gemeinschaftlichen Testament solche Anordnungen getroffen haben (§§ 1938, 2336, 2048, 2197) verhindern, daß ein Ehegatte hinter dem Rücken des andern seine derartigen Verfügungen widerruft, so ist die Aufnahme einer ausdrücklichen Bedingung in das gemeinschaftliche Testament notwendig. Geschieht das nicht, dann kommt höchstens Anfechtung nach § 2078 II in Frage [6]).

Wechselbezüglichkeit liegt nach den Protokollen [7]) vor, wenn zwischen den Verfügungen der beiden Ehegatten ein „Zusammenhang des Motivs" besteht. Ein solcher Zusammenhang besteht [8]), wenn jeder der beiden Ehegatten eine auf seiner Willensentschließung beruhende Anordnung getroffen hat, die ohne die Verfügung des andern nicht gewollt sein würde, oder, anders ausgedrückt, daß jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen ist und nach dem Willen der Erblasser mit ihr stehen und fallen soll [9]). Nach Dernburg u. a. [10]) soll Wechselbezüglichkeit soviel bedeuten wie gegenseitige Bedingtheit. Zwischen beiden

---

[2]) Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 2, 3 § 28 I.
[3]) Als „Grund" dafür bezeichnet Meyer S. 43 Anm. 8 die ähnliche Bestimmung beim Erbvertrag.
[4]) §§ 2253 ff.
[5]) Bay OLG.-Rspr. 21, 277.
[6]) Goldmann S. 85.
[7]) S. 450/51.
[8]) Nach RGR.-Komm. Anm. 1 zu § 2270.
[9]) RG. 116, 149.
[10]) § 90 II.

besteht aber ein begrifflicher Unterschied insofern, als bei gegenseitig bedingten Verfügungen deren Abhängigkeit Inhalt der Erklärungen, während sie bei wechselbezüglichen Verfügungen nur Beweggrund ist, also nicht (auch nicht stillschweigend) erklärt zu werden braucht [11]). Endemann [12]) spricht von „synallagmatischer Verbindung" der wechselbezüglichen Verfügungen.

Im § 2270 II stellt das Gesetz im Anschluß an die gemeinrechtliche Praxis und das ALR. [13]) eine Auslegungsregel [14]) auf, welche Verfügungen als wechselbezüglich zu betrachten sind. Zwei Fälle werden unterschieden:

1. „Wenn sich die Ehegatten gegenseitig [15]) bedenken [16])." Die Bedeutung dieser Regel liegt vor allem auf der ethischen Seite: „Entziehst Du mir die Aussicht auf Deinen Nachlaß, so sollst Du auch keine auf meinen haben [17])." Eine uneingeschränkte Anwendung dieser Bestimmung scheint uns von erheblichen Härten begleitet. Richtig ist der Gedanke für den Fall, daß ein Ehegatte seine Verfügungen zu Lebzeiten des anderen widerruft. Anders aber bei Widerruf nach dem Tod eines Ehegatten oder wenn sich die Nichtigkeit der Verfügungen eines Ehegatten erst nach dem Tod eines Ehegatten herausstellt (wird die Nichtigkeit vor dem Tod eines Ehegatten erkannt, dann ist sie ohne Belang, da ja jederzeit ein neues gemeinschaftliches Testament errichtet werden kann) [18]). Ist z. B. die Verfügung des Verstorbenen nichtig, so hat eine daraus folgende Nichtigkeit der Verfügungen des Überlebenden keinen Sinn, da durch diese ja der Verstorbene eingesetzt ist und der Überlebende somit durch Wegfall des Bedachten seine Testierfreiheit wieder erlangt. Ist aber die Verfügung des Überlebenden nichtig, so ist nicht einzusehen, warum deshalb auch die

---

[11]) Meyer S. 41, Anm. 3.

[12]) III § 45, Anm. 10.

[13]) ALR. II, 1 §§ 486, 493; Sächs. BGB. von 1861: § 2201.

[14]) Gl. A.: Löwenwald S. 31 ff, eine Rechtsvermutung nimmt Cosack III S. 198 an; unentschieden Planck Anm. 4 zu § 2270, da der Unterschied „sachlich unerheblich sei".

[15]) „Gegenseitig bedenken" sei nur durch Erbeinsetzung, Vermächtnis, nicht durch Auflage möglich. RGR.-Komm. Anm. 3 zu § 2270.

[16]) Nach Löwenwald S. 32 verfehlt, da die gegenseitige Erbeinsetzung nicht so wichtig sei.

[17]) Mattes S. 36 f.

[18]) Widersprechend die Praxis: Karlsruhe, Bad. Rspr. 22, 74: Haben sich die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Erben eingesetzt, und ist das Testament eines Ehegatten nichtig, so greift die gesetzliche Vermutung des § 2270 II durch, daß die Verfügung des einen Gatten nicht ohne die Verfügung des andern Gatten getroffen sein würde. Anders.: KG. OLG-Rspr. 42, 148 Anm. 1 d: Grundsätzlich berührt die auf Nichtbeobachtung des § 2267 beruhende Nichtigkeit der Verfügungen des nur mitunterschreibenden Ehegatten nicht die Verfügungen des anderen.

Verfügungen des verstorbenen Ehegatten nichtig sein sollen, wo doch der Wille des Verstorbenen, den andern Ehegatten zu bedenken, vollständig erreicht wird und die Verfügungen des Überlebenden, auch wenn sie gültig gewesen wären, durch den Wegfall des Bedachten, nämlich des verstorbenen Ehegatten, sowieso nicht mehr in Kraft treten konnten.

Es scheint uns daher notwendig, bei § 2270 Abs. 2 den Einschnitt nicht (wie Planck[19]) und soweit wir übersehen, mehr oder weniger ausgeprägt die ganze Literatur) nach „gegenseitig bedenken", sondern nach „Zuwendung gemacht" zu legen, so daß die Bestimmung den Sinn erhielte: „Ein solches Verhältnis der Verfügungen zueinander ist im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken und eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wurde, die mit dem verstorbenen Ehegatten verwandt war oder ihm sonst nahestand." Der Zweck dieser Bestimmung ist doch wohl: Wenn in einem gemeinschaftlichen Testament die Verfügungen eines Ehegatten (wegen Widerruf oder sonstiger Nichtigkeit) unwirksam sind, dann sollen die in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen des andern zugunsten solcher Personen, die dem ersten nahestehen, auch unwirksam sein (trotzdem sie gegebenenfalls als Teil eines aus dem gemeinschaftlichen Testament zu entnehmenden einseitigen Testaments gültig wären), wenn die Verfügungen des einen nicht ohne die des andern getroffen wären. Wenn wir unsere Ansicht zusammenfassen, so ergibt sich:

§ 2270 II will sagen: Möglich ist, daß in einem gemeinschaftlichen Testament beide Ehegatten sich gegenseitig bedenken und daß nur einer bedacht wird (abgesehen von dem Fall, daß überhaupt keinem der Erblasser etwas aus dem gemeinschaftlichen Testament zugewendet wird, der hier übergangen werden kann). Wird außerdem noch eine dritte Person bedacht, die mit einem der Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahesteht, dann sind die Verfügungen des Ehegatten, der den Dritten bedacht hat, bezw. die gemeinschaftliche Verfügung, durch die der dem einen Ehegatten nahestehende Dritte bedacht wird, wechselbezüglich zu der Verfügung, durch die gerade dieser Ehegatte vom andern bedacht wird. Nur durch diese Auslegung erhält die Bestimmung „wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken" einen zweckentsprechenden Sinn.

2. „Wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem andern Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahesteht." Nach der Praxis des Reichsgerichts wird diese „Vermutung" nicht

[19]) Anm. 4 a, b, zu § 2270.

dadurch beeinträchtigt, daß es sich um eine gemeinschaftliche Verfügung beider Ehegatten zugunsten der nämlichen, mit beiden Personen verwandten Person handelt[20]). In der Denkschrift[21]) wird angenommen, daß die Verfügung gegenüber dem Dritten von demselben Ehegatten getroffen wird, der dem andern Ehegatten etwas zuwendet. In diesem Fall liegt aber gar keine Wechselbezüglichkeit vor, da sich dabei Verfügungen beider Gatten gegenüberstehen müssen[22]).

Aus dem Charakter der Bestimmung des § 2270 II ergibt sich, daß sie nicht zur Anwendung kommt, „wenn pflichtgemäße Willenserforschung[23]) dazu führt, daß die eine von den beiden sich darbietenden Willensmöglichkeiten, nämlich die von den Erblassern gewollte Abhängigkeit oder die von ihnen gewollte Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen für zutreffend oder unzutreffend erklärt werden kann; für diese Willensforschung können auch Umstände außerhalb des Testaments, so frühere oder spätere Äußerungen des Erblassers und ihre beiderseitigen Vermögensverhältnisse in Betracht kommen[24])". Für den Fall des Fehlens der Voraussetzungen des § 2270 II ist keine Vermutung gegen die Wechselbezüglichkeit der in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen aufgestellt[25]). Außer den im § 2270 II erwähnten beiden Fällen ist noch der dritte Fall möglich, daß der eine Ehegatte eine dem anderen Ehegatten verwandte oder ihm nahestehende Person bedenkt und letzterer zugunsten einer dem ersteren Ehegatten verwandten oder nahestehenden Person eine Verfügung trifft. Ebbecke[26]) meint, daß es auch in einem solchen Fall gerechtfertigt erscheine, eine Vermutung der Abhängigkeit anzunehmen.

Da der § 2270 II nur „im Zweifel" gelten will, ist zu schließen, daß auch in anderen Fällen zwischen Verfügungen der Ehegatten das Verhältnis der Wechselbezüglichkeit bestehen kann. Die „korrespektive Gesinnung"[27]) pflegt zwar nicht ausdrücklich erwähnt zu werden[28]), aber man wird doch erwarten dürfen, daß sie wenigstens einen indirekten Ausdruck gefunden hat[29]). Im ein-

[20]) RG. 88, 130; „Recht" 19 Nr. 2138.
[21]) Denkschrift S. 297.
[22]) Strohal § 43 IV, Planck Anm. 4 zu § 2270, Staudinger-Herzfelder Anm. I zu §§ 2270/71. RGR-Komm. Anm. 4 zu § 2270 (unter Aufgabe seines früheren Standpunktes).
[23]) §§ 133, 2084 II.
[24]) RGR-Komm. Anm. 3 zu § 2270.
[25]) Bay OLG, DJZ. 22, 392.
[26]) Ebbecke im „Recht" 23 Nr. 84.
[27]) Landsberg S. 1118.
[28]) Löwenwald S. 19 ff, 23 ff.
[29]) Fälle der Wechselbezüglichkeit außer den in § 2270 II genannten s. auch noch RGR-Komm. Anm. 3 zu § 2270.

zelnen ist die Frage, ob ein „Zusammenhang des Motivs" besteht, nach den Umständen des Falles zu bestimmen [30]). Wenn ein Erblasser dem anderen abweichende Verfügungen gestattet [31]), besteht keine Wechselbezüglichkeit. Eine solche Bestimmung kann auch einseitig getroffen werden (in einem gemeinschaftlichen Testament), dann kann der andere Ehegatte nach den allgemeinen Vorschriften widerrufen [32]).

Lebhafter Streit herrscht über die sogenannten „einseitig korrespektiven Verfügungen", d. s. solche, die der betreffende Ehegatte nicht ohne die entsprechenden des andern getroffen haben würde, die aber selbst nicht in dieser Weise von den Verfügungen des anderen Ehegatten abhängig sind.

Die einen [33]) wollen auf diese Verfügungen den § 2270 nicht einmal entsprechend angewendet wissen, da es sich bei dieser Bestimmung um eine Ausnahmevorschrift handle. Der Widerruf der einer einseitig wechselbezüglichen Verfügung gegenüberstehenden Verfügung bewirke nicht selbsttätig Unwirksamkeit nach § 2270 I, sondern gebe ein Anfechtungsrecht nach § 2078 II. Für die Aufhebung einer einseitig wechselbezüglichen Verfügung gelte nicht § 2271, sondern die allgemeinen Vorschriften über den Widerruf letztwilliger Verfügungen.

Die andere Ansicht [34]), die wir für die richtige halten, läßt die §§ 2270 ff. voll Anwendung finden. Aus dem Gesetz läßt sich u. E. kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, daß diese Vorschriften voraussetzen, daß wechselbezügliche Verfügungen sich von beiden Seiten gegenüberstehen.

Eine andre Streitfrage war vor der Einführung des BGB., ob der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen der Erblasser überhaupt eine und welche Bedeutung ihnen zuzumessen sei. Eine ganze Anzahl von Theorien war über die Wirkung der Korrespektivität aufgestellt worden. Der Grund dafür war, daß das gemeinrechtliche gemeinschaftliche Testament sich aus Elementen des römischen und des deutschen Rechts heraus entwickelt hat. Das römische Recht aber kannte kein gemeinschaftliches Testament und hatte den Grundsatz der Testierfreiheit, während das deutsche Recht, ausgehend von Gemeinwirtschaft und Gesamthand, gemeinschaft-

---

[30]) Staudinger-Herzfelder Anm. I zu § 2270, RGR-Komm. Anm. 1 zu § 2270.

[31]) Darüber s. unten S. 37 ff.

[32]) RGR-Komm. a. a. O.

[33]) Strohal § 43 Anm. 28, Mattes S. 29 ff, Wohlfahrt S. 53, Zetzsche S. 28 Anm. 24, Meyer S. 41 Anm. 2, Martens S. 33.

[34]) Vertreten von: Cosack Bd. 2 § 360 IV 3 b, Planck Anm. 2 zu § 2270, Staudinger-Herzfelder Anm. I zu §§ 2270/71, Ebbecke im „Recht" 23, Nr. 84.

liche „Vergabungen von Todes wegen" als die regelmäßige Art von letztwilligen Verfügungen über den Nachlaß von Eheleuten ansah.

Die im gemeinen Recht wohl herrschende Ansicht vertrat den Standpunkt, daß das gemeinschaftliche Testament sich nach Annahme der Erbschaft in einen Erbvertrag verwandle [35]). Auch in der Praxis hatte sich aus dem römischen Recht heraus, das, wie oben bemerkt, kein gemeinschaftliches Testament und deshalb auch keine Bindung nach dem Tode kannte, gewohnheitsrechtlich der Gedanke herausentwickelt, daß nach dem Tod eines Ehegatten und der Annahme der Erbschaft durch den Überlebenden dessen Widerrufsrecht bezüglich der korrespektiven Verfügungen erlösche [36]).

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt die sogenannte „Theorie der reinen Korrespektivität". Sie nimmt eine gegenseitige suspensive Bedingtheit der korrespektiven Verfügungen an, so daß ein Widerruf jederzeit (vor dem Tod eines Ehegatten, vor und nach dem Erbschaftsantritt) möglich ist und die Vernichtung der einen auch die andere aufhebt [37]). Aus diesem Grund wird beim Erbschaftsantritt durch den Überlebenden die Bestellung einer cautio Muciana verlangt.

Außer den angeführten wurden noch verschiedene Konstruktionen versucht. Das BGB. hat sich in den Grundgedanken der ersten Ansicht angeschlossen.

§ 3.

III. Gemeinschaftlicher Widerruf.

Der gemeinschaftliche Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments ist der contrarius actus zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments. Daraus ergibt sich eine grundlegende Folgerung: Wie für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments Besonderheiten sich vor allem daraus ergeben, daß zwei Erblasser gleichzeitig testieren, so sind auch die Abweichungen beim Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments von dem eines einseitigen gerade darin begründet. Da die aus der Wechselbezüglichkeit für den einseitigen Widerruf sich ergebenden besonderen Vorschriften den Schutz des einen Erblassers gegen den andern bezwecken, so sind hier, wo die Erblasser gemeinschaftlich han-

---

[35]) Puchta, Bd. II, S. 551, Stobbe, Privatrecht V S. 258/60, Fischer im Archiv f. bürg. R. VI S. 54—105, Mühlenpfordt S. 13, 40, 41.

[36]) Seuff. Arch. 1, 93; 4, 64; 41, 196; 15, 40; 45, 258; RG. 6, 174; 27, 150; 38, 217; 41, 619.

[37]) Hasse im Rhein. Museum III, 490—541; Göz, Arch. f. ziv. Prax. 54, 166, Regula S. 41, Alffers S. 33.

deln, Verschiedenheiten in der Form je nach dem wechselbezüglichen oder nicht wechselbezüglichen Inhalt der Verfügungen nicht notwendig. Es gelten daher die allgemeinen Vorschriften über den Widerruf einer letztwilligen Verfügung §§ 2253 ff. in Verbindung mit den Vorschriften über die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments §§ 2265—2267 BGB.

1. Die praktisch wichtigste Form ist die Errichtung eines neuen gemeinschaftlichen Testaments. Dabei ist nicht notwendig, daß dieses eine ausdrückliche Widerrufserklärung enthält; es genügt die Errichtung eines neuen Testaments mit widersprechendem Inhalt. Dann gilt § 2258. Im übrigen müssen bezüglich der Form die Anforderungen, die an ein Testament positiven Inhalts gestellt werden, erfüllt sein. Es besteht auch kein Bedürfnis nach einer leichteren Form für den Widerruf von Vermächtnissen [1]). Nur in subjektiver Beziehung besteht insofern eine Erleichterung, als die Entmündigung eines Erblassers wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht nach § 2253 Abs. 2 dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments nicht entgegensteht. Die Form des Widerrufstestaments steht den Ehegatten frei ohne Rücksicht auf Inhalt und Form des früheren Testaments. So kann ein ordentliches Testament durch ein Nottestament, ein öffentliches durch ein privatschriftliches widerrufen werden [2]).

Der Widerruf kann demnach geschehen:

a) durch eine Erklärung vor einem Richter oder Notar [3]), daß dies ihr beiderseitiger letzter Wille sei;
b) durch Übergabe einer Schrift an einen Richter oder Notar mit der entsprechenden Erklärung [4]);
c) dadurch, daß ein Ehegatte eine Schrift übergibt und der andere zu Protokoll seinen Willen erklärt. Diese sogenannte gemischte Form ist unzulässig, wenn ein Ehegatte nicht lesen kann oder minderjährig ist [5]);
d) durch Errichtung eines privatschriftlichen Testaments. Ort und Zeit der Beitrittserklärung brauchen mit dem Haupttestament nicht übereinzustimmen. Notwendig ist aber, daß die Beitrittserklärung zeitlich später liegt [6]). Für die Form der

---

[1]) Motive Bd. 5, S. 297.

[2]) Endemann Bd. II § 81, Böhm § 64 III b N 1 anerkennen im Anschluß an die Motive einen gültigen Widerruf eines in amtlicher Verwahrung befindlichen Testaments nur, wenn auch das Widerrufstestament in amtliche Verwahrung gebracht wird. Im Gesetz findet diese Ansicht keine Stütze. Uns. A. u. a. Strohal.

[3]) Unter Beachtung der Vorschriften der §§ 2233 ff.

[4]) § 2238.

[5]) gl. A.: Planck Vorbem. zu §§ 2265 ff., a. A. Martens S. 20.

[6]) gl. A.: Strohal S. 322 Anm. 13, Planck Erl. 4 b zu § 2267. Mantey im „Recht" 1901, S. 430, a. A. Hölder, Jherings Jahrb. 41, S. 324.

Beitrittserklärung bestehen außer § 2267 keine besonderen Erfordernisse, nur muß der Wille des Beitretenden, das Testament auch als das seinige gelten lassen zu wollen, deutlich erkennbar sein [7]). Die Wirksamkeit der Beitrittserklärung ist von dem wirklichen Bestand der Hauptverfügung abhängig.

e) Weiter kann der Widerruf durch Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments in der außerordentlichen Form des Dorftestaments geschehen.

Der durch Testament erfolgte Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments kann selbst auch widerrufen werden. Dann wird die frühere Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre.

2. Der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2255 II setzt eine gemeinschaftliche Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde voraus. Bei beiden Ehegatten muß im Augenblick der Vernichtung oder Veränderung der Wille dazu und zum Widerruf vorhanden sein. Möglich ist, daß ein Ehegatte zugleich im Auftrag oder mit Willen des anderen die Vernichtung oder Veränderung vornimmt [8]). Eine nachträgliche Genehmigung ist nicht möglich. Die Vornahme einer Veränderung ohne Einverständnis des anderen Ehegatten ist ohne Wirkung [9]). Diese Form des Widerrufs erscheint regelmäßig nur bei privatschriftlichen Testamenten, ist aber auch bei öffentlichen denkbar [10]). Ein Widerruf des Widerrufs ist ausgeschlossen [11]), daher ist z. B. eine Wiederherstellung des Testaments durch Ausradieren der Striche oder Zusammenkleben der zerrissenen Urkunde nicht möglich.

3. Zu einem Widerruf durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung gemäß § 2256 ist ein gemeinschaftlicher Antrag der beiden Erblasser erforderlich. Die Rückgabe darf nur an beide erfolgen [12]). Erst diese, nicht schon der Antrag, hat Widerrufswirkung. Bezüglich der persönlichen Fähigkeiten der Antragsteller ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückgabe entscheidend. Nach dem Tod eines Ehegatten ist die Rücknahme nicht mehr möglich [13]).

---

[7]) Jahrbuch der Entsch. d. KG. 29, A 24.

[8]) Strohal § 43 a A. 4, a. A. Cosack § 360 IV 3 d.

[9]) Nach Planck Anm. 8 zu § 2267 ist zur gem. Änderung die Form der Errichtung eines neuen g. Testaments zu beobachten. A. A. herrsch. M., auch RG. 69, 413; 71, 293. § 2255 ist nicht nur für den Widerruf des ganzen Testamentes, sond. auch für den einer einzelnen Verf. anwendbar.

[10]) Motive V, 300.

[11]) § 2257 „durch Testament".

[12]) § 2272.

[13]) Dazu Planck A. 2 zu § 2272, Herzfelder A. 1 zu § 2272; Mattes S. 17; Strohal § 43 a A. 6 a.

Aus der Eigenart dieser Widerrufsform ergeben sich einige Besonderheiten. Nicht möglich ist, wie beim Testamentswiderruf überhaupt, eine Stellvertretung im Willen [14]), auch nicht eine Genehmigung des Widerrufs nach erfolgter Rückgabe. Solange ein öffentliches Testament nicht in amtliche Verwahrung gegeben ist, kann es auf diese Weise überhaupt nicht widerrufen werden. Die Form der Rückgabe bestimmt sich nach dem Willen der Erblasser. Wenn unter ihnen eine Einigung auf einen von ihnen oder einen Dritten nicht zustandekommt, kann die Rückgabe nur an beide gemeinsam und gleichzeitig erfolgen. Auf Antrag kann das Testament den Erblassern in der Wohnung durch einen Richter ausgehändigt werden [15]). Nicht möglich ist der Widerruf nur eines Teils oder unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung, weil hier die gesetzliche Fiktion des § 2256 I eingreift, ebensowenig ein Widerruf des Widerrufs. Streitig ist, welche Wirkung die Rückgabe eines in amtlicher Verwahrung befindlichen privatschriftlichen Testamentes hat [16]). Man wird der Ansicht beitreten dürfen, daß es auch nach der Rücknahme gemäß § 2256 III weiter als privatschriftliches Testament gültig bleibt.

4. Ein gemeinschaftlicher Widerruf ist außerdem noch möglich durch einen Erbvertrag zwischen den Ehegatten gemäß § 2289 Abs. 1 S. 1.

§ 4.

IV. 1 Einseitiger Widerruf nichtwechselbezüglicher Verfügungen.

Seine im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen nicht wechselbezüglichen Verfügungen kann jeder Ehegatte zu jeder Zeit widerrufen, ohne daß dadurch seine eigenen wechselbezüglichen oder die Verfügungen des anderen Ehegatten in Mitleidenschaft gezogen würden. Weil aber die zu widerrufenden Verfügungen in der gleichen Urkunde mit den gemeinschaftlichen und wechselbezüglichen Verfügungen stehen, so bestehen hinsichtlich der Widerrufsformen einige Besonderheiten.

Grundsätzlich sind alle zum Widerruf eines Einzeltestaments tauglichen Formen anwendbar, vor allem jede zur Neuerrichtung eines Testaments geeignete sowie die Form des Nottestaments, des Erbvertrags und des einfachen Nachzettels [1]).

---

[14]) Martens S. 29.

[15]) Vgl. Mot. Bd. 5, S. 303.

[16]) Martens S. 31; Broschan S. 205; Hellmann S. 233; Küntzel S. 607 ff; Böhm S. 201 Anm. 1; Planck Anm. 5 zu § 2256; Wohlfahrt S. 63.

[1]) Planck Anm. I 2b zu § 2271; Strohal § 43a A. 8.

Streitig ist, ob ein Widerruf durch Vernichtung oder Veränderung der Urkunde oder Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nach §§ 2255, 2256 in Verbindung mit 2272 möglich ist. Nach herrschender Meinung sind Handlungen i. S. des § 2255 nur dann wirksam, wenn der Wille der Erblasser in zwei getrennten Urkunden niedergelegt ist [2]). U. E. steht nichts im Wege, das Durchstreichen der in einem privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testament enthaltenen einseitigen, nichtwechselbezüglichen Verfügungen für gültig zu erachten [3]). Wir würden sogar soweit gehen, die an sich unwirksame Vernichtung der ganzen Urkunde wenigstens als wirksamen Widerruf der darin enthaltenen einseitigen, nichtwechselbezüglichen Verfügungen anzuerkennen [4]).

Ein Widerruf durch einseitige Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung i. S. des § 2256 ist durch die ausdrückliche Bestimmung des § 2272 ausgeschlossen [5]). Dagegen ist eine Aufhebung dieser Verfügungen durch Abschluß eines Erbvertrags mit einem Dritten nach § 2289 Abs. 1 S. 1 durchaus möglich.

Soweit der Widerruf durch Testament erfolgt ist, kann dieser selbst auch widerrufen werden [6]). Dann werden die früheren Verfügungen wieder wirksam [7]), wenn nicht im zweiten Widerrufstestament ein anderer Wille erklärt ist, der auch aus den Umständen entnommen werden kann [8]). Im übrigen gilt bezüglich der verschiedenen Widerrufsformen und ihrer Wirkung das oben über den gemeinschaftlichen Widerruf Gesagte entsprechend.

§ 5.

2 a. Einseitiger Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen zu Lebzeiten beider Ehegatten.

Persönliche Voraussetzung zum Widerruf ist Testierfähigkeit des Widerrufenden. Außer den voll geschäftsfähigen Personen können daher widerrufen: Minderjährige über 16 Jahren [1]) und —

---

[2]) Strohal § 43 A. 7; Mattes S. 16, Windels S. 87, Meyer S. 40, a. A. Planck Anm. 3 zu § 2272, Herzfelder Anm. 2 zu § 2272 lassen Handeln mit Einverständnis des anderen Ehegatten genügen. Kreiss S. 78 hält eine Vernichtung oder Veränderung für möglich, außer wenn durch die Vernichtung auch die Verfügungen des anderen Ehegatten betroffen werden.

[3]) Ebenso RGR-Komm. A. 1 zu § 2271.

[4]) So auch Martens S. 35, a. A. Goldmann S. 89.

[5]) S. die ob. unt. [2]) Zit. und Kreiss S. 79. Mattes S. 16 vertritt die Ansicht, § 2272 sei nur eine Sollvorschrift.

[6]) § 2257.

[7]) § 2258 Abs. 2.

[8]) Martens S. 33.

[1]) §§ 2229 II, 1303.

kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung — wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte [2]).

Im gemeinen Recht bestand für den Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen keinerlei Formvorschrift, nicht einmal eine formlose Mitteilung an den anderen Erblasser war notwendig [3]). Im BGB. wurde der Widerruf im Interesse der Verkehrssicherheit an eine strenge Form gebunden. Da nach Ansicht der zweiten Kommission der Widerruf der wechselbezüglichen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testamentes größte Verwandtschaft mit dem vorbehaltenen Rücktritt von einem Erbvertrag hat, wurden die für diesen geltenden Vorschriften auch auf den Widerruf angewendet [4]). Nach § 2296 II ist notwendig eine gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem andern Teil. Der Zweck dieser Bestimmung ist, dem Widerrufenden den Beweis für seinen Widerruf zu sichern und den andern Teil von dem erfolgten Widerruf in Kenntnis zu setzen [5]). Gleichgültig ist, in welcher Form das zu widerrufende Testament errichtet worden ist [6]). Die Widerrufserklärung ist kein Testament im technischen Sinn; die Beurkundung erfolgt deshalb nach den Vorschriften des FGG. §§ 168—182, nicht nach § 2233 BGB. [7]). Die Vorschrift des § 2271 I ist zwingend. Der Widerruf kann daher nicht durch eine neue einseitige Verfügung [8]) aufgehoben werden, auch nicht mit Zustimmung des anderen Ehegatten.

Streitig ist, was die Bestimmung des § 2271 Abs. 1 Satz 2 bedeuten soll, daß ein Ehegatte seine Verfügung von Todes wegen nicht einseitig aufheben könne. Eine Anzahl von Schriftstellern zieht daraus den Schluß, eine Aufhebung sei formlos möglich mit Zustimmung des anderen Teils [9]). Die Mehrzahl aber, der zuzustimmen ist, geht davon aus, daß § 2271 I S. 2 klarstellen will, die in Satz 1 gegebene sei die einzige Art, auf die wechselbezügliche Verfügungen einseitig widerrufen werden können. Der Gegensatz zu „einseitig" ist in diesem Fall nicht „zweiseitig", sondern „gemeinschaftlich". Ein gemeinschaftlicher Widerruf ist selbstverständlich möglich [10]). Eine formlose Zustimmung genügt aber nicht, um die

---

[2]) §§ 114, 2253 II, 2229 III.

[3]) Dernburg, Erbrecht S. 259 a. E. und ALR. II 1 §§ 485, 486 I.

[4]) §§ 2271 Abs. 1, 2296 Abs. 2.

[5]) Strohal S. 333 A. 12. Prot. d. 2. Komm. S. 454. Wohlfahrt S. 70.

[6]) Löwenwald S. 65, 68 bezeichnet es nicht mit Unrecht als Anomalie, daß ein privatschriftliches Testament durch not. oder gericht. beurk. Erklärung widerrufen werden muß.

[7]) Planck Anm. II 2a zu § 2271, Wohlfahrt S. 68.

[8]) Gem. §§ 2254, 55, 58, 89.

[9]) Wilke, Bem. 3 zu § 2271, Löwenwald S. 68, Alffers S. 44, Matthiass S. 426, Proske S. 64.

[10]) Darüber s. o. S. 14.

Einhaltung der Form des § 2271 I zu umgehen. Das würde den Wert dieser Vorschriften erheblich mindern [11]). Auch bei teilweisem Widerruf muß die Form des § 2271 beachtet werden [12]).

Im wechselbezüglichen Testament selbst kann der einseitige Widerruf durch Testament gestattet werden. Es kann z. B. bestimmt werden, daß jeder Ehegatte durch letztwillige Verfügung seine wechselbezüglichen Verfügungen mit der Wirkung des § 2270 I aufheben kann oder daß er bei Eintritt eines bestimmten Falls unbeschadet der fortdauernden Wirksamkeit der Verfügungen des andern Teils seine Verfügungen aufheben kann. Wenn schon bei der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments die Zustimmung zur Aufhebung erteilt wird, liegt kein Grund vor, die Einhaltung der zum Schutz des andern Gatten gegebenen Vorschriften zu verlangen [13]). Man wird aber dann annehmen müssen, daß mit einer solchen Bestimmung die Wechselbezüglichkeit überhaupt ausgeschlossen ist, der Widerruf also nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 2255 ff. erfolgen muß.

Die Aufhebung eines Vermächtnisses oder einer Auflage kann auch durch Testament mit Zustimmung des andern Ehegatten erfolgen. Nach § 2291 kann ein erbvertragsmäßiges Vermächtnis oder eine Auflage durch Testament mit gerichtlich oder notariell beurkundeter Zustimmung des andern Teils aufgehoben werden. Dieser § 2291 kann neben § 2271 I analog angewendet werden (arg. a maiore ad minus) [14]). Die Aufhebung in dieser Form kann aber nur durch ein einseitiges Testament oder einen Erbvertrag erfolgen, nie durch Vernichtung oder Veränderung der Urkunde oder Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung. Die Zustimmung braucht nicht dem anderen Ehegatten gegenüber erklärt zu werden. Sie selbst ist noch kein Widerruf, sie versetzt den Befugten in die Lage, zu widerrufen oder nicht. Die Nichtanwendung von § 2291 auf das gemeinschaftliche Testament, die von einer ganzen Anzahl namhafter Schriftsteller vertreten wird [15]), führt, wie Strohal [16]) an einem Beispiel zeigt, zu seltsamen Ergebnissen. Wird im übrigen beim einseitigen Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen die Form der §§ 2271, 2296 nicht beachtet, dann ist der Widerruf ohne Wirkung. Auch die einseitige Abänderung wechsel-

---

[11]) Prot. Bd. 5, S. 454 f, RGR-Komm. Anm. 2 zu § 2271, RG. 65, 27, Cosack Bd. 2 § 360 IV 3 d, Planck Anm. II 2 b zu § 2271, Meyer S. 46, Mattes S. 42.

[12]) RG. 88, 130.

[13]) Planck II, 6 zu § 2271; Mattes S. 43, Zetzsche S. 41 f. Meyer S. 54, a. A. Wohlfahrt S. 72.

[14]) Strohal S. 336; Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. V § 28 III 2 a; Meyer S. 47; Martens S. 44.

[15]) Planck II 2 b zu § 2271; Wohlfahrt S. 73; Kreiss S. 82.

[16]) a. a. O. 336 Anm. 20.

bezüglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments, z. B. die Anordnung einer Nacherbfolge, ist bei Lebzeiten beider Ehegatten unzulässig, wenn die Ehegatten sich zu alleinigen, unbeschränkten Erben eingesetzt hatten [17]).

Widerrufen kann nur der Erblasser selbst, eine Stellvertretung ist nicht möglich [18]). Ist der Erblasser geschäftsunfähig geworden, dann gibt es keine Widerrufsmöglichkeit mehr für ihn. Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erblasser — der Minderjährige oder der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte — braucht zum Widerruf nicht die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Während aber der Minderjährige gemäß §§ 2229, 1303 auch zur Errichtung eines Testaments befugt ist, darf die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit bei den wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten erst nach der Errichtung des zu widerrufenden Testaments eingetreten sein [19]). Während demnach eine Vertretung in der Willensbildung unmöglich ist, ist dagegen eine Vertretung in der Erklärung des Willens nicht ausgeschlossen.

Die Widerrufserklärung ist kraft positiver Bestimmung formalisiert und empfangsbedürftig. Laut § 2296 II S. 1 ist sie dem anderen Ehegatten gegenüber zu erklären. Wenn daher der andere Ehegatte der Erklärung des Widerrufs zu Protokoll des Richters oder Notars nicht beiwohnt, müssen die Vorschriften der §§ 130, 132 angewendet werden. Die Widerrufserklärung wird bei Abwesenheit des anderen Ehegatten erst in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem andern Ehegatten z u g e h t [20]). Ob dieser von der Erklärung des widerrufenden Teils Kenntnis erlangt, ist unwesentlich. Geht ihm vorher oder gleichzeitig ein Widerruf des Widerrufs zu, so wird die Widerrufserklärung nicht wirksam [21]). Hat der Widerrufende alles von seiner Seite getan, damit die Erklärung zugeht, so bleibt der Widerruf auch wirksam, wenn er erst nach seinem Tode zugeht [22]). Ist der andere geschäftsunfähig, dann wird der Widerruf wirksam, wenn er dem gesetzlichen Vertreter zugeht [23]). Unwesentlich ist, ob der geschäftsunfähige Ehegatte selbst von dem Widerruf Kenntnis erlangt. Nach § 131 II gilt für den in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erblasser grundsätzlich dasselbe, mit dem Unterschied, daß das Zugehen an ihn dann wirksam wird, wenn der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung

---

[17]) Sächs. OLG. Dresden JW. 19, 516. Zustimmend K r e t z s c h m a r ebenda.
[18]) § 2296.
[19]) §§ 2296, 2229 III.
[20]) § 130 I S. 1.
[21]) § 130 I S. 2.
[22]) RG. 65, 270.
[23]) § 131 II.

dazu erteilt hat. Soweit es sich in diesem Fall um einen Minderjährigen handelt, der ja an Stelle des widerrufenen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters selbst ein neues Testament errichten kann, ist diese Vorschrift sachlich unbefriedigend. Man wird deshalb annehmen müssen, daß das Zugehen der Widerrufserklärung an den geschäftsbeschränkten testierfähigen Ehegatten gültig ist[24]) [25]). Die strenge Formvorschrift des § 2271 I soll doch augenscheinlich verhindern, daß wechselbezügliche Verfügungen hinter dem Rücken des andern Ehegatten widerrufen werden [26]), und ihm ermöglichen, an Stelle der durch den Widerruf unwirksam gewordenen Verfügungen neu zu testieren. Das kann aber nur der Minderjährige selbst, nicht sein gesetzlicher Vertreter. Es empfiehlt sich daher, in diesem vom Gesetz übersehenen Fall ein Zugehen an den testierfähigen Geschäftsbeschränkten als durch stillschweigende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gültig zu betrachten [27]).

Für die Übermittlung der Widerrufserklärung ist keine Form vorgeschrieben. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist nur für die Abgabe der Erklärung, nicht für ihre Übermittlung vorgesehen. Es genügt daher formlose Übergabe oder Zusendung einer Ausfertigung des Protokolls. Da sich aber nach dem Tod des Widerrufenden leicht Beweisschwierigkeiten für die am Widerruf Interessierten ergeben können, empfiehlt sich die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher nach BGB. § 132 I, ZPO. §§ 167, 169—173, 180—191, 193—195. Ist der Aufenthalt des andern Ehegatten unbekannt, dann kann die Widerrufserklärung sogar nach § 132 II BGB. öffentlich zugestellt werden. Hellwig [28]) bezeichnet diese Art des Widerrufs mit Recht als ein „Unikum" in der Rechtsgeschichte. Bestehen über den Tod des andern Ehegatten Zweifel, so empfiehlt es sich, um sicher zu gehen, die Aufhebung nach der Form des § 2271 I in Verbindung mit § 132 II und nach den für die

---

[24]) Strohal S. 332, Mattes S. 40.

[25]) Noch weiter geht Martens S. 37, der verlangt, die Widerrufserklärung müsse an den geschäftsbeschränkten Ehegatten persönlich übermittelt werden, weil dieser auch nur persönlich widerrufen könne. Ebenso Kreiss S. 80.

[26]) Prot. Bd. S. 454: „daß es loyaler sei, die Aufhebung einer in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügung mit Wissen des andern Teils als hinter dessen Rücken zu bewirken, und daß das letztere Verfahren den Absichten der Eheleute bei der Errichtung des Testaments schwerlich entspreche."

[27]) Mattes S. 40; Meyer S. 49 A. 3 ist im Ergebnis einverstanden, meint aber, daß damit die Grenzen der Gesetzesauslegung überschritten würden.

[28]) S. 643; gl. A. Martens S. 38.

Aufhebung nach dem Tod des andern Ehegatten bestimmten Formen zu betreiben [29]).

Das Ziel des § 2271 I, zu verhindern, daß der Widerruf hinter dem Rücken des andern Ehegatten erfolgen kann, ist nicht vollständig erreicht. Ein böswilliger Ehegatte kann sogar bei Zustellung durch den Gerichtsvollzieher verhindern, daß der andere von seinem Widerruf Kenntnis erhält [30]). Die Vorschriften des § 2271 I sind deshalb von vielen [31]) kritisiert worden. Es wurde darauf hingewiesen, daß ein Ehegatte viele Mittel hat, das Zugehen der Erklärung zu verhindern. Erhebliche Schwierigkeiten entstehen, wenn der andere Ehegatte abwesend oder sein Tod zweifelhaft ist; gerade für diesen Fall aber ist der Widerruf praktisch am wichtigsten. Die Form des Widerrufs erschwert durch Kosten und Weitläufigkeiten gerade dem schwächeren Teil die Aufhebung seiner Verfügungen. Eine Beurkundung ist nur für die Abgabe der Erklärung und nicht für ihr Zugehen vorgeschrieben. Gerade dieses wird aber leicht streitig sein, während es mit Rücksicht auf die u. U. notwendige Errichtung und die Gültigkeit neuer Verfügungen einwandfrei feststehen sollte. Hellwig schlägt deshalb vor [32]): Der Widerruf solle erfolgen durch eine Mitteilung an Richter oder Notar. Dieser solle den andern Teil in Kenntnis setzen. Der Beweis des Widerrufs oder des Zugehens wäre dann durch den Richter oder Notar möglich. Bei Abwesenheit oder Verschollenheit könnte die Rückkehr oder das Bekanntwerden des Aufenthalts abgewartet werden. Zur Wahrung der Testierfreiheit müßte die Übermittlung unverzüglich erfolgen.

Durch den formgerechten Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung werden kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 2270 I die mit ihr wechselbezüglichen ohne weiteres unwirksam und zwar ohne Rücksicht auf den Willen des anderen Ehegatten, u. U. auch ohne sein Wissen, wenn er trotz Zugehens von dem Widerruf keine Kenntnis hat [33]). Will der andere Ehegatte die weitere Gültigkeit seiner mit den widerrufenen wechselbezüglichen Verfügungen, so kann er dies nicht durch ausdrückliche Bestätigung oder durch Erklärung seines Einverständnisses mit dem Widerruf, sondern nur durch Neuerrichtung der Verfügungen oder die in Testamentsform abgegebene Erklärung, daß er die früheren Ver-

---

[29]) Strohal S. 333; Meyer S. 49; Hellwig S. 642; Staudinger-Herzfelder Anm. 3 zu § 2296; Wohlfahrt S. 69.

[30]) Mattes S. 38.

[31]) Strohal S. 332 ff; Hellwig S. 641 ff; Löwenwald S. 65; Martens S. 38; Wohlfahrt S. 71.

[32]) S. 641 ff. Ebenso Mattes S. 42.

[33]) Planck 3 b zu § 2270; Meyer S, 43; RGR-Komm. S. 321.

fügungen bestehen lasse [34]). Nicht unwirksam werden die nicht wechselbezüglichen Verfügungen des andern Teils, auch nicht die, die zwar mit Rücksicht auf gewisse Verfügungen des widerrufenden Teils getroffen sind, aber mit den widerrufenen selbst nicht in diesem Verhältnis stehen. Allerdings wurde schon im gemeinen Recht angenommen, daß, wenn wechselbezügliche und nichtwechselbezügliche Verfügungen sich nicht trennen lassen, beide unwirksam sind. Die Unwirksamkeit erstreckt sich nach heutigem Recht auch auf die übrigen im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen des anderen Ehegatten, wenn ein Zusammenhang im Sinne des § 2085 besteht, d. h. wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde [35]). Der Widerruf einer oder einzelner von mehreren wechselbezüglichen Verfügungen hat zwar die Unwirksamkeit der wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Ehegatten zur Folge, aber nicht auch die Unwirksamkeit der übrigen im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen oder nichtwechselbezüglichen Verfügungen des Widerrufenden. In diesem Fall hat er nur möglicherweise ein Anfechtungsrecht nach § 2078 II [36]). Nur beim Widerruf tritt die Unwirksamkeit der wechselbezüglichen Verfügungen ein, nicht bei tatsächlicher Wirkungslosigkeit einer Verfügung, z. B. wenn der Bedachte vor Eintritt des Erbfalls verstirbt. Hier kann höchstens ein Anfechtungsrecht des anderen Ehegatten nach § 2078 entstehen, wenn seine Verfügungen als durch Verwirklichung der erledigten Verfügung bedingt anzusehen sind [37]).

Soll eine Verfügung nur teilweise widerrufen werden (z. B. Verminderung einer Quote oder einer Summe), so gelten hinsichtlich der Form die gleichen Vorschriften wie bei einem totalen Widerruf [38]). Bezüglich der Wirkung ist zu untersuchen, ob die entsprechenden wechselbezüglichen Verfügungen nicht getroffen worden wären, wenn die teilweise widerrufene Verfügung von Anfang an diesen Inhalt gehabt hätte [39]). Wenn auch eine derartige Feststellung im Einzelfall schwer zu treffen ist, so scheint uns doch

---

[34]) Cosack § 360 IV 2c, Planck 3b zu § 2270, Staudinger-Herzfelder Anm. I zu § 2270/1, Mattes S. 31, Meyer S. 44, Martens S. 39.

[35]) RGR-Komm. Anm. 2 zu § 2270; RG. 116, 149; Warn. 1913 Nr. 247, Meyer S. 45, Martens S. 42.

[36]) Planck 3b zu § 2270, Meyer S. 44, Cosack § 360 IV 4, Staudinger-Herzfelder Anm. II zu § 2270, Martens S. 42.

[37]) Strohal § 43 Anm. 3, RGR-Komm. Anm. 2 zu § 2270, Meyer S. 44, a. A. Dernburg Bd. V § 93 VI 4.

[38]) Mattes S. 32, Löwenwald S. 56 ff. § 2270 I.

[39]) H. M.: Planck 3c zu § 2270, Staudinger-Herzfelder Anm. IV zu § 2270/1, RGR-Komm. Anm. 2 zu § 2270.

dadurch eine vollständige Gleichstellung von totalem und teilweisem Widerruf nicht begründet [40]). Im ALR. war übrigens bestimmt, daß ein teilweiser Widerruf ohne jede Wirkung sein solle [41]).

An dieser Stelle muß noch besonders darauf hingewiesen werden, daß mit der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nicht ausgeschlossen ist, daß ein Ehegatte zu Lebzeiten des andern außerdem noch eine einseitige letztwillige Verfügung errichtet. Diese kann Wirksamkeit erlangen, wenn sich herausstellt, daß sie dem gemeinschaftlichen Testament oder genauer den darin enthaltenen wechselbezüglichen Verfügungen nicht widerspricht. Die Errichtung eines wechselbezüglichen Testaments hat nicht zur Folge, daß die Testierfähigkeit der Gatten aufgehoben oder gemindert würde [42]).

§ 6.

b) Einseitiger Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen nach dem Tod eines Ehegatten.

Mit dem Tod eines Ehegatten erlischt nach § 2271 II Satz 1, Halbs. 1 für den andern das Recht zum Widerruf. Der Überlebende wird also ipso iure an die im gemeinschaftlichen Testament von ihm selbst und vom Verstorbenen getroffenen Verfügungen gebunden wie das bei Erbvertrag vom Vertragsschluß an der Fall ist. Eine ganz ähnliche Lage wie beim gemeinschaftlichen Testament entsteht, wenn in einem Erbvertrag der Rücktritt vorbehalten ist. Auch hier erlischt das Rücktrittsrecht beim Tod eines Vertragschließenden [1]).

Die Folge ist, daß der Überlebende nicht mehr von Todes wegen verfügen kann, soweit wechselbezügliche Verfügungen im Wege stehen [2]). „Damit ist zugleich ausgeschlossen, daß der Überlebende die Verfügungen zwar formell bestehen läßt, sie aber durch Hinzufügung von Beschwerungen oder Beschränkungen, z. B. durch die Belastung des eingesetzten Erben mit einem Vermächtnis oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers wesentlich abändert [3])." Die Bindung tritt schon mit dem Tod des Erstversterbenden ein [4]). Diese Regelung entspricht der auch sonst erkenn-

---

[40]) Mattes S. 32, Löwenwald S. 56 ff, Wohlfahrt S. 67.
[41]) ALR. II 1 §§ 487, 488.
[42]) Bay OLG. DJZ. 23, 439.
[1]) § 2298 II.
[2]) Ausnahmen: § 2270 Abs. 2 u. 3.
[3]) RGR-Komm. Anm. 3 zu § 2271 und RG. Warn. 1920 Nr. 8.
[4]) So auch die h. M. A. A.: Strohal § 43 a Anm. 28.

baren Absicht des Gesetzgebers, die erbrechtlichen Wirkungen an den Tod des Erblassers zu knüpfen[5]). Nach den bisherigen Rechten trat die Bindung erst mit der Annahme der vom anderen Ehegatten gemachten Zuwendung ein[6]). Für das ALR. und das gemeine Recht nahm man dabei einen stillschweigenden vertragsmäßigen Verzicht des Überlebenden auf sein Widerrufsrecht bezüglich der korrespektiven Verfügungen durch die Annahme der ihm gemachten Zuwendung an[7]).

Bis zur Annahme der Zuwendung besteht nach heutigem Recht die auflösende Rechtsbedingung der Nichtausschlagung. Frommhold u. a. sagen, durch diese Bindung werde die Grenze zwischen einer letztwilligen Verfügung und einem Erbvertrag verwischt, hier enthalte das gemeinschaftliche Testament „vertragsmäßige Elemente". Der Grund für die Bindung des Überlebenden an seine im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen liegt aber nicht in der Gleichstellung des gemeinschaftlichen Testaments mit dem Erbvertrag, sondern in dem Treueverhältnis der Ehegatten[8]). Jeder hat seine Verfügungen mit Rücksicht darauf errichtet, daß auch der andere dies tut und seine Verfügungen bestehen läßt. Die Erblasser würden also, wenn sie bei der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments an diesen Fall gedacht hätten, bestimmt haben, daß, falls der eine sein Testament widerruft, auch das andere hinfällig sein soll. Damit ist der Gedanke zu verbinden, daß, wenn dem einen der Widerruf durch seinen Tod unmöglich gemacht wird, auch der andere nicht mehr widerrufen darf. Die Rücknahme der gemeinschaftlich getroffenen Verfügungen nach dem Tod eines Ehegatten würde mit dem Treueverhältnis der Ehegatten im Widerspruch stehen.

Die Bindung erstreckt sich nicht nur auf das dem Überlebenden vom anderen Ehegatten hinterlassene, sondern auch auf sein eigenes Vermögen mit Einschluß des künftigen[9]); ausgeschlossen sind die nichtwechselbezüglichen Verfügungen. Die wechselbezüglichen Verfügungen werden im Zweifel erst wirksam mit dem Tod des Überlebenden[10]), deshalb wird notwendig auch das nach dem Tod eines Ehegatten vom Überlebenden dazu erworbene Vermögen ergriffen[11]). Das Recht des Überlebenden, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, bleibt aller-

---

[5]) z. B. Erbfall, Vermächtnisanfall, Besitzübergang.
[6]) Meyer § 1 Anm. 51, 52.
[7]) Eccius, Preuß. Priv. R. IV § 257 Anm. 29 ff.
[8]) Wohlfahrt S. 84, Frommhold A. 2c zu § 2270/1.
[9]) H. M.
[10]) § 2269.
[11]) Planck Anm. III zu § 2271; Staudinger-Herzfelder Anm. III B zu 2270/1; Endemann § 45 Anm. 21; Meyer S. 51 Anm. 43.

dings unberührt [12]). Ebenso bleibt das Recht der in § 2080 bezeichneten Personen bestehen, die Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments aus den Gründen der §§ 2078/9 anzufechten. Man wird wohl auch dem Überlebenden selbst ein Anfechtungsrecht analog dem § 2281 zugestehen müssen, da man sonst beim gemeinschaftlichen Testament eine stärkere Bindung annehmen müßte als bei einem Erbvertrag [13]). Die im § 2080 bezeichneten Personen können den Erbvertrag nicht mehr anfechten, wenn das Anfechtungsrecht des Überlebenden nach § 2283/84 durch Fristablauf oder Bestätigung erloschen ist [14]). Praktisch wichtig ist dieses Anfechtungsrecht besonders, wenn die Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament nach § 2269 I unter Einsetzung ihrer gemeinschaftlichen Kinder als Dritterben errichtet haben und nach dem Tode eines Ehegatten noch pflichtteilsberechtigte Angehörige des Überlebenden hinzukommen. Dann können sowohl der zweite Ehegatte als auch die Kinder der zweiten Ehe anfechten [15]). Daß die Pflichtteilansprüche geltend gemacht werden können, versteht sich von selbst, auch dann, wenn schon zu Lebzeiten des Erstversterbenden dem Überlebenden neue Pflichtteilsrechte erwachsen sind [16]) [17]).

Die Bestimmung des § 2271 II, wonach das Recht zum Widerruf mit dem Tode eines Ehegatten erlischt, ist dispositiv. Die Ehegatten können im gemeinschaftlichen Testament bestimmen, daß der Überlebende schlechthin oder unter gewissen Bedingungen berechtigt sein soll, seine Verfügungen aufzuheben [18]).

Außerdem gibt es eine Anzahl gesetzlich bestimmter Ausnahmen von der Unwiderruflichkeit.

Die wichtigste ist die des § 2271 II S. 1, Halbs. 2: Der Überlebende kann sich von der Gebundenheit befreien und seine Verfügungen aufheben, wenn er das ihm im gemeinschaftlichen Testament Zugewendete ausschlägt, soweit diese Zuwedung an ihn zu seinen eigenen Verfügungen wechselbezüglich ist [19]). Die Motive des

[12]) § 2286, über den Schutz des bedachten Dritten s. u. S. 34 ff.

[13]) A. A. Wohlfahrt S. 85: Bei dem Fehlen jeglicher Vorschrift könne nicht über die allgemeinen Vorschriften des Testamentsrechts hinausgegangen werden, unter dessen Rubrik das g. Test. geregelt ist. Ebenso Sengteller S. 85.

[14]) § 2285. So die h. M., u. a.: Strohal § 43 a II 4 b und § 43 b II, Meyer S. 52; Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 5 § 28 III 2 b, Planck Anm. IV 3 d zu § 2271, Mattes S. 53 f, Staudinger-Herzfelder Anm. V zu § 2270/1, Zetzsche S. 53 ff. Matthias S. 426 ist offenbar gegen ein Anfechtungsrecht bei Lebzeiten beider Ehegatten, in bezug auf die Anfechtung nach § 2079 a. A. Eck-Leonhard S. 182 A. 2.

[15]) Planck A. VIII zu § 2271, Meyer S. 53.

[16]) Planck Anm. VIII a. E. zu § 2271.

[17]) Bsp.: durch Legitimation oder Annahme an Kindesstatt.

[18]) Darüber s. u. S. 37 f.

[19]) Martens S. 46 nennt das „eine alternative Ermächtigung kraft Gesetzes".

ersten Entwurfs vertraten mit ausführlicher Begründung [20]) die Widerruflichkeit auch nach der Annahme. Bei den Beratungen der zweiten Kommission entstand gerade über diese Bestimmungen ein heißer Kampf [21]). Schließlich entschied sich die Mehrheit für die Bindung an das gemeinschaftliche Testament mit dem Tode in Anlehnung an den Erbfall [22]) und den Anfall eines Vermächtnisses [23]). Es besteht also kein Schwebezustand zwischen der Zeit des Todes des Zuerstversterbenden und der Annahme des Zugewendeten durch den Überlebenden. Eine Aufhebung seiner Verfügungen kann dieser nur noch bewirken nach ausdrücklicher Ausschlagung des Zugewendeten. Nach den bisherigen Rechten ist die Bindung des Überlebenden aufschiebend, nach dem BGB. auflösend bedingt [24]). Die Bestimmung des § 2271 II entspricht fast wörtlich der für den Erbvertrag mit vorbehaltenem Rücktritt geltenden des § 2298 II. Zur Erlangung der Testierfreiheit ist notwendig, daß der Überlebende das ihm Zugewendete ausschlägt u n d daß er s e i n e Verfügung aufhebt. Die Ausschlagung ist eine notwendige Vorbedingung für die einseitige Widerrufsmöglichkeit.

Der Widerruf selbst muß durch eine neue Verfügung von Todes wegen erklärt werden. Sie braucht einen positiven Inhalt nicht zu haben, setzt daher beim Widerrufenden lediglich die negative Testierfähigkeit voraus [25]). Die bloße Ausschlagung macht die Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments nicht hinfällig [26]). Gegenstand der Aufhebung ist u n m i t t e l b a r nur die eigene vom Überlebenden getroffene oder mitgetroffene Verfügung. Wird diese aufgehoben, so tritt gemäß § 2270 I ohne weiteres die Unwirksamkeit der vom andern Teil getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen ein. Die Aufhebung geschieht in den gewöhnlichen Widerrufsformen, durch jedes im einzelnen Fall zulässige Testament und durch Erbvertrag [27]). Cosack [28]) meint, es sei nur eine Aufhebung nach § 2258 möglich. Der Sinn von „aufheben" ist aber in § 2271 II ein weiterer als in der Überschrift zum 7. Titel des BGB. und im § 2255. Es ist deshalb eine unrichtige Folgerung, daß die negative Testierfähigkeit i. S. des § 2253 II nicht genüge [29]). Die Ausschlagung braucht dem Widerruf nicht vorauszugehen. Hat

---

[20]) Motive Bd. V, S. 254 ff. Kritik bei L ö w e n w a l d S. 44.
[21]) Prot. S. 456 ff. Vgl. auch Verhandlungen des 20. deutschen Juristentags Bd. 4 S. 314 f.
[22]) § 1922.
[23]) § 2176.
[24]) P l a n c k Anm. III zu § 2271.
[25]) § 2253 II.
[26]) So die h. M. A. A.: § 360 IV 3 c bei C o s a c k.
[27]) P l a n c k Anm. IV 1 c zu § 2271 u. a.
[28]) § 360 IV.
[29]) P l a n c k IV 1 c zu § 2271; S t r o h a l S. 337 Anm. 22.

der Überlebende schon bei Lebzeiten des andern Ehegatten nach den §§ 2254—56 widerrufen, so kann dieser an sich unwirksame Widerruf wirksam werden, wenn der Überlebende ausschlägt [30]). Hat z. B. der Überlebende vor dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten ein einseitiges Testament errichtet, so tritt dieses in Kraft, wenn die Ausschlagung hinzukommt [31]).

Die Ausschlagung muß in gehöriger Frist und Form erfolgen. Wenn der überlebende Ehegatte das ihm Zugewendete angenommen hat oder die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist, kann er nicht mehr ausschlagen. Nach § 1943 gilt nach Ablauf der Ausschlagungsfrist [32]) die Erbschaft als angenommen. Die Ausschlagung hat durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht zu erfolgen [33]). Besteht die Zuwendung in einem Vermächtnis, dann gilt § 2180: Die Ausschlagung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Eine Frist ist nicht bestimmt. Ist der Erbe geschäftsunfähig, dann hat der gesetzliche Vertreter die Erklärung abzugeben. Versäumt dieser die Ausschlagungsfrist, dann ist eine Ausschlagung nicht mehr möglich, auch wenn der überlebende Gatte später geschäftsfähig wird [34]).

Nur was ihm durch eine wechselbezügliche Verfügung zugewendet ist, braucht der Überlebende auszuschlagen, nicht was ihm einseitig ohne Rücksicht auf seine eigenen Verfügungen zukommt. Diese Unterscheidung ist allerdings im Einzelfall schwierig. Ausschlagen kann der Überlebende nur, wenn er als Erbe oder Vermächtnisnehmer bedacht ist. Es genügt, wenn im Testament nur ein Dritter bedacht, unter den Ehegatten selbst aber der gesetzlichen Erbfolge freier Lauf gelassen ist [35]). Die Frage, ob der Überlebende den gesetzlichen Erbteil ausschlagen muß, wenn nur dieser ihm anfällt, ist sehr umstritten. Strohal u. a. meinen, dann brauche er überhaupt nichts auszuschlagen, auch dann nicht, wenn das durch das gemeinschaftliche Testament ihm Zugewendete nicht mehr als den gesetzlichen Erbteil ausmacht, sondern könne ohne weiteres widerrufen [36]). U. E. ist mit Planck [37]) darauf abzustellen, ob die Zuwendung des gesetzlichen Erbteils wechselbezüglich ist mit seinen eigenen im gemeinschaftlichen

---

[30]) RGR-Komm. Anm. 4 zu § 2271.
[31]) Bay OLG. DJZ. 23, 439.
[32]) § 1944.
[33]) § 1945.
[34]) Mot. Bd. V S. 256, Meyer S. 55 Anm. 51, Planck Anm. IV 1d zu § 2271, Mattes S. 56, Strohal § 43a Anm. 23.
[35]) Planck Anm. III 1b zu § 2271, Strohal § 43a Anm. 36, Staudinger-Herzfelder Anm. III B 1 zu § 2270/1, Kreiss S. 90.
[36]) Strohal S. 342 ff, Martens S. 45.
[37]) IV 1d zu § 2271. RGR-Komm. Anm. 4 zu § 2271, Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 5 § 28 III 2b, a. A. Cosack § 360 IV 3c.

Testament getroffenen Verfügungen. Ist sie das, so muß er auch den gesetzlichen Erbteil ausschlagen, um widerrufen zu können. Ist sie es nicht, d. h. besteht nur eine einseitige Wechselbezüglichkeit für seine eigenen Verfügungen, dann kann er diese ja sowieso frei nach den allgemeinen Vorschriften widerrufen. Ist dem Überlebenden nichts zugewendet, dann kann er auch nichts ausschlagen, hat also keine Möglichkeit zum Widerruf. Die Meinung, der Überlebende könne dann seine Verfügung ausschlagen, wenn der Dritte das ihm Zugewendete ausschlägt, findet im Gesetz keine Stütze [38]). Ist neben dem Überlebenden ein Dritter bedacht, so genügt es, wenn der überlebende Ehegatte selbst das i h m Zugewendete ausschlägt. Das ergibt nach u. A. der Wortlaut des Gesetzes. Außerdem muß, wenn nicht die Ehegatten nur sich gegenseitig bedenken, immer einem Dritten etwas zugewendet sein und eine Unterscheidung, ob die Verfügung zugunsten des Dritten von dem überlebenden oder dem verstorbenen Ehegatten getroffen ist, wird wohl immer mit Schwierigkeiten verknüpft sein. Es erscheint uns deshalb in diesem Fall übertrieben, zu verlangen, daß auch der Dritte ausschlägt [39]). Die Verfügung zugunsten des Dritten wird allerdings nicht schon durch die Ausschlagung, sondern erst durch den Widerruf der eigenen Verfügungen des Überlebenden unwirksam, soweit sie zu diesem im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit steht.

Wie schon oben (S. 28) bemerkt, kann die Aufhebung der eigenen Verfügung auch schon vor der Ausschlagung des im gemeinschaftlichen Testament Zugewendeten erfolgen. Insoweit hat die Ausschlagung rückwirkende Kraft [40]). Stirbt aber der Überlebende, ohne vorher ausgeschlagen zu haben, dann ist eine frühere Aufhebung unwirksam, auch wenn sein Erbe nach §§ 1952 I, 2180 III ausschlägt. § 2271 sagt ausdrücklich: wenn e r (der Überlebende) das ihm Zugewendete ausschlägt [41]). Das Gesetz will nicht ein

---

[38]) Planck Anm. IV 1b zu § 2271, Staudinger-Herzfelder Anm. III B 1 zu 2270/71, Meyer S. 54, Martens S. 47. Entgegengesetzter Meinung: Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 5 § 28 III 2b, Hellwig S. 648 ff, Kreiss S. 87.

[39]) Planck IV 1b zu § 2271, Cosack § 360 IV 3c, Wohlfahrt S. 80, Meyer S. 56 Anm. 56. z. T. a. A.: Strohal § 43 Anm. 33. Wohl a. A.: Kreiss S. 88: „Der Überlebende ist daher an seine wechselbez. Verfügungen gebunden, es sei denn, daß die **entsprechende** Gegenverfügung ausgeschlagen wird."

[40]) Aus RG. 65, 275 wäre zu schließen, daß sogar ein Widerruf nach §§ 2254—56, 2258 durch Konvaleszenz volle Wirksamkeit erlangt, wenn die Ausschlagung hinzutritt. Vgl. ob Anm. 30.

[41]) Staudinger-Herzfelder Anm. III B 1 zu § 2270/1, Planck IV 1a zu § 2271, Mattes S. 55, Meyer S. 55 Anm. 53. De lege ferenda beachtenswert die abw. A. von Strohal § 43 Anm. 28. A. A. auch Martens S. 47, RGR-Komm. Anm. 4 zu § 2271, Wohlfahrt S. 70.

gegenseitiges Abhängigkeits- bezw. Ausschlagungsverhältnis überhaupt oder allgemein, sondern lediglich zwischen den Gatten. Wie das gemeinschaftliche Testament überhaupt, so ist auch seine Auflösung nur unmittelbar zwischen den Gatten möglich, d. h. es ist an ihre Person gebunden. Daher finden sich im Gesetz Bestimmungen nur über Änderungen zu Lebzeiten mindestens eines Ehegatten. Nach dem Tod beider Ehegatten soll an dem Bestand der wechselbezüglichen Verfügungen nicht mehr gerüttelt werden. Dagegen allerdings ist nichts einzuwenden, daß dem Überlebenden oder seinen Erben auch nach der Annahme der Zuwendung ein Recht zugebilligt wird, die Verfügungen des Zuerstverstorbenen aus den allgemeinen Gründen der §§ 2078 ff. anzufechten und damit die Nichtigkeit dieser und nach § 2270 I auch der eigenen Verfügungen des überlebenden Ehegatten herbeizuführen [42]).

Auch nach der Annahme des ihm Zugewendeten ist der überlebende Ehegatte zur Aufhebung berechtigt, wenn sich der im gemeinschaftlichen Testament Bedachte Verfehlungen zuschulden kommen läßt, die den überlebenden Ehegatten zur Entziehung des Pflichtteils berechtigen oder berechtigen würden, wenn er ein Abkömmling des Erblassers wäre [43]). Die Bestimmung entspricht der des § 2297 für den Erbvertrag mit vorbehaltenem Rücktrittsrecht. Sie ist übernommen aus dem preußischen Recht, wo sie zwar im ALR. nicht ausgesprochen ist, aber von Theorie und Praxis allgemein anerkannt wurde [44]). Die dem überlebenden Ehegatten anfallende Zuwendung wird durch diesen Widerruf nicht berührt. Der Überlebende kann aber nur seine eigene Verfügung zugunsten des Dritten nach § 2271 II S. 2 aufheben. Wenn die Verfügungen der beiden Ehegatten in dem Verhältnis des § 2269 stehen, ist anzunehmen, daß die Zuwendung nur auf einer Verfügung des Letztversterbenden beruht; diese Verfügungen können deshalb auch aufgehoben werden. Die Gründe der Pflichtteilsentziehung sind, wenn der Bedachte ein Abkömmling des überlebenden Ehegatten oder einem solchen gleichgestellt ist, in § 2333, wenn Vater oder Mutter bedacht sind, in § 2334, wenn der Bedachte der Ehegatte (der zweite) des Überlebenden ist, in § 2335 genannt [45]).

Die Aufhebung aus diesen Gründen kann nur in einem Testament, also durch einseitige letztwillige, frei widerrufliche Ver-

[42]) RGR-Komm. Anm. 4 zu § 2271.

[43]) §§ 2271 II S. 2, 2294. Eine wichtige positive Folgerung zieht Bay OLG. 21, 328 aus dieser Bestimmung: Der in einem gemeinschaftlichen Testament zum Erben eingesetzte Ehegatte kann auch nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten dem Abkömmling, dem im gem. Test. der Pflichtteil entzogen ist, wirksam Verzeihung gewähren.

[44]) Dernburg, Preuß. Pr.-R. III § 184 Anm. 19, RG. 22, 276.

[45]) Planck IV 2 zu § 2271, Meyer S. 57 Anm. 58.

fügung erfolgen. Das ergibt sich aus § 2336 in Verbindung mit § 2399 I [46]). Der Grund muß zur Zeit der Testamentserrichtung bestehen und im Testament angegeben werden. Das Vorliegen des Grundes muß nach § 2336 Abs. 3 von dem bewiesen werden, der die Aufhebung der Verfügung geltend macht. Einem Abkömmling oder einem gleichgestellten gegenüber ist die Aufhebung wegen ehrlosen und unsittlichen Lebenswandels wider Willen des Erblassers [47]) ipso iure unwirksam, wenn er sich von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat. Das Recht zur Aufhebung erlischt durch Verzeihung, eine bereits erfolgte Aufhebung wird durch Verzeihung unwirksam [48]). § 2337 ist im § 2271 II S. 2 zwar nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt; die Anwendbarkeit ergibt sich aber daraus, daß dem überlebenden Ehegatten das Recht zur Aufhebung seiner Verfügungen nach § 2271 II S. 2 nur zusteht, wenn er zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt ist und diese Voraussetzung fehlt, wenn er dem Bedachten verziehen hat [49]). Ein Widerruf der Verfügung, in der die Aufhebung ausgesprochen wird, ist möglich [50]). Die der aufgehobenen Verfügung wechselbezüglichen werden in diesem Fall nicht unwirksam. Der Vorschrift liegt die Annahme zugrunde, daß die Ehegatten für den von ihr betroffenen Fall ihre Verfügungen nicht als wechselbezüglich angesehen haben wollen. Soll § 2270 I angewendet werden, dann muß die Wechselbezüglichkeit auch für diesen Fall ausdrücklich bestimmt und zweifellos ersichtlich sein.

Wenn der durch die Verfügung des Überlebenden Bedachte vor oder nach Eintritt des Erbfalls wegfällt oder für erbunwürdig erklärt wird [51]) und vorausgesetzt, daß kein Ersatz an die Stelle des Bedachten tritt [52]), kann der Überlebende durch ein späteres Testament oder einen Erbvertrag neu verfügen [53]).

Ist ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling eines oder beider Ehegatten bedacht, dann können bei Zutreffen der §§ 2289 II, 2338 bei Lebzeiten beider und auch nach dem Tod eines Ehegatten in guter Absicht die Anordnungen des § 2338 getroffen werden und zwar für sich allein und in Verbindung miteinander [54]) [55]). Auch

[46]) Nach Martens S. 49 und Meyer S. 57 auch durch Erbvertrag.
[47]) § 2333 Z. 5.
[48]) Vgl. oben Anm. 43; § 2337.
[49]) Mattes S. 61, Meyer S. 58.
[50]) Martens S. 50.
[51]) Kreiss S. 91.
[52]) z. B. nach § 2069.
[53]) Planck Anm. IV 3c zu § 2271, Meyer S. 58, Strohal § 43a II, IVb, Mattes S. 60, Staudinger-Herzfelder Anm. IV zu § 2270/1.
[54]) Prot. V 570.
[55]) Über den Charakter dieser Verwaltung im Gegensatz zu der zur Erledigung anderer Aufgaben vgl. Meyer, Erbrecht § 55, A. 33.

in diesem Fall bleiben die zu den betroffenen Verfügungen wechselbezüglichen unbeeinflußt. Im übrigen finden gemäß § 2338 II S. 1 die Vorschriften des § 2336 I—III entsprechende Anwendung. Es gilt also bezüglich Form und Wirkung dieser Anordnungen das oben bei der Pflichtteilsentziehung Gesagte [56]). Hat sich der Abkömmling zur Zeit des Anfalls der Erbschaft dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet oder besteht die den Grund der Anordnung bildende Überschuldung nicht mehr, dann sind diese Anordnungen unwirksam [57]).

Wenn die Ehegatten über ihr beiderseitiges Vermögen gemeinschaftlich letztwillig verfügen, haben sie in der Regel auch für alle ihnen nahestehenden Personen gesorgt; meist haben sie auch für den Fall Fürsorge getroffen, daß ihrer Ehe noch weitere Abkömmlinge entspringen. Daß noch andere Pflichtteilsrechte entstehen, wird zwar selten vorkommen, aber es bestehen theoretisch doch eine ganze Anzahl von Möglichkeiten. Zu Lebzeiten beider Ehegatten können gegen beide Pflichtteilansprüche entstehen durch spätere Geburt ehelicher Kinder oder durch gemeinschaftliche Annahme an Kindesstatt. Gegen einen der Ehegatten sind sie möglich aus Annahme an Kindesstatt, sowie gegen die Frau durch Geburt unehelicher Kinder. Ist ein Ehegatte gestorben, dann können Pflichtteilsrechte geltend gemacht werden, wenn von der Witwe uneheliche Kinder geboren werden, sowie bei Wiederverheiratung vom neuen Ehegatten und von etwa in der neuen Ehe geborenen oder an Kindesstatt angenommenen Kindern.

Die Vorschriften über das Pflichtteilsrecht dienen einem öffentlichen Interesse und die darauf bezüglichen Gesetzvorschriften sind deshalb zwingend. Sie dringen daher auch durch gegenüber den für den Testator selbst unwiderruflich gewordenen wechselbezüglichen Verfügungen.

Wenn der Erstverstorbene solche Pflichtteilberechtigte hinterläßt, können diese gegen seine Erben den Pflichtteilanspruch geltend machen [58]). Dann können die Erben des Überlebenden u. U. dessen wechselbezügliche Verfügungen nach §§ 2079 ff. anfechten, der Überlebende selbst nicht. Die Pflichtteilsberechtigten können

---

[56]) Vgl. oben S. 31.

[57]) § 2338 II S. 2. Planck Anm. V zu § 2271.

[58]) Vgl. dazu OLG. Dresden OLG.-Rspr. 40, 170: Bestimmt ein gemeinschaftliches Testament, daß ein Erbe, der das Testament anfechte, nur den Pflichtteil erhalte, so bedeutet das, daß der Anfechtende zwar den Pflichtteil vom Nachlaß des Erstverstorbenen fordern dürfe, daß aber damit auch der Längstlebende dem Anfechtenden gegenüber aufhören solle, an die über seinen Nachlaß im ersten Testament getroffenen Verfügungen gebunden zu sein. Hierbei ist unter Anfechtung nicht eine solche nach §§ 2078/79 zu verstehen, sondern gemeint ist die Erhebung von Ansprüchen, von denen das gemeinschaftliche Testament will, daß sie nicht erhoben werden.

aber auch die Verfügungen des Erstverstorbenen nach §§ 2079 ff. anfechten, dann werden die wechselbezüglichen Verfügungen des Überlebenden nach § 2270 I unwirksam.

Die Pflichtteilsansprüche gegen den Überlebenden werden durch das gemeinschaftliche Testament nicht berührt. Durch § 2271 II wird nur die willkürliche Aufhebung einer wechselbezüglichen Verfügung durch den überlebenden Ehegatten ausgeschlossen; anders bei Ereignissen, die unabhängig vom Willen des Erblassers nach allgemeinen Rechtssätzen dessen letztwillige Verfügungen ganz oder teilweise aufheben [59]).

Wie gegen den überlebenden Ehegatten selbst können die gegen ihn Pflichtteilsberechtigten nach seinem Tod auch gegen seine nach dem gemeinschaftlichen Testament berufenen Erben ihre Pflichtteilsansprüche geltend machen §§ 2303 ff, 2317. Die Berechnung erfolgt gemäß § 2269 aus dem Gesamtnachlaß des Zuletztverstorbenen [60]).

Andererseits können sie nach § 2079 die Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments, die vom Überlebenden stammen, anfechten. In diesem Fall werden nach § 2270 sämtliche wechselbezüglichen Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments unwirksam [61]). Die beiden Nachlässe fallen auseinander und bei beiden tritt die gesetzliche Erbfolge ein. Die dann vorzunehmenden Auseinandersetzungen sind recht verwickelt, weil die Vermögen der Ehegatten zu diesem Zweck wieder getrennt und nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge geteilt werden müssen. Zur Vermeidung dieser Schwierigkeiten empfiehlt es sich, daß in dem gemeinschaftlichen Testament Vorkehrungen für den Fall der Wiederverheiratung des Überlebenden getroffen werden [62]).

§ 7.

Verfügungsmacht des überlebenden Ehegatten über den gemeinschaftlichen Nachlaß ohne Ausschlagung i. S. des § 2271 Abs. 2.

Solange beide Ehegatten leben, unterliegen sie durch die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments keiner Beschränkung in der Vornahme vermögensrechtlicher Verfügungen unter Leben-

[59]) Planck Anm. VIII zu § 2271.

[60]) A. A. Eck-Leonhard S. 182 will den Pflichtteil nur aus dem eigenen, nicht aus dem Nachlaß des Erstverstorbenen berechnen, findet aber selbst bedenklich, daß der Überlebende dann zwei Nachlässe hätte, je nachdem es sich um Pflichtteilsberechtigte oder um Dritte, im gemeinschaftlichen Testament eingesetzte Erben handelt. Da aber der überlebende Ehegatte ja Erbe des Erstverstorbenen geworden ist, gehören auch die vom erstverstorbenen Ehegatten stammenden Nachlaßteile zu einem Nachlaß und der Pflichtteil ist dehalb aus dem ganzen Nachlaß zu berechnen.

[61]) Planck Anm. 3 zu § 2079.

[62]) Meyer S. 53 Anm. 44 b.

den [1]). Jeder der Ehegatten kann im Rahmen des Gesetzes frei verfügen. Fühlt sich ein Ehegatte durch die Verfügungen des anderen enttäuscht, dann kann er nach § 2271 I widerrufen. Ist ein Widerruf nicht mehr möglich (z. B. wegen Geisteskrankheit des Betreffenden), dann können möglicherweise die Personen des § 2080 nach seinem Tod nach § 2078 anfechten [2]). Dernburg [3]) hält es sogar für möglich, daß der Erblasser noch bei Lebzeiten wegen Irrtums gemäß § 2078 I anfechten könne.

Das Verfügungsrecht des überlebenden Ehegatten richtet sich nach der erbrechtlichen Stellung, die er nach dem gemeinschaftlichen Testament zu den beiderseitigen Vermögen einnimmt. Ist er bezüglich des Nachlasses des Erstverstorbenen nur Vorerbe, dann unterliegt er den Beschränkungen und Verpflichtungen eines solchen unter Berücksichtigung etwaiger Bestimmungen im Testament [4]). Ist aber der Bedachte Dritte gemäß § 2269 für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletztverstorbenen Ehegatten zu betrachten, dann ist dieser in der Verfügung über das vereinigte Vermögen nicht beschränkt. Bezüglich des dem Überlebenden zugewendeten und seines eigenen Vermögens kann er Beschränkungen überhaupt nicht unterworfen werden. Dinglich wirkende Beschränkungen in der Verfügung über das Vermögen des Erstverstorbenen können ihm auch durch ausdrückliche Bestimmung des gemeinschaftlichen Testaments nicht auferlegt werden [5]). Was das ihm vom Zuerstverstorbenen Zugewendete betrifft, so kann einer Bestimmung darüber nur die Kraft einer auflösenden i. S. des § 2075 zugeschrieben werden.

Verstoßen aber Schenkungen des überlebenden Gatten aus dem Nachlaß wider Treu und Glauben, dann finden nach herrschender Ansicht die für den Erbvertrag geltenden Vorschriften der §§ 2287/88 entsprechende Anwendung [6]). Die Analogie erscheint uns in diesem Fall berechtigt und notwendig, weil sie zu einem billigen und logischen Ergebnis führt. Es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er an diese Möglichkeit gedacht hätte, sie so

[1]) Vgl. RG. Leipz. Z. 20, 698.
[2]) Planck Anm. VIII zu § 2271.
[3]) § 93 VII 1.
[4]) §§ 2113, 2136, 2137.
[5]) § 137 BGB.
[6]) Meyer S. 52, Enneccerus-Kipp-Wolff § 28 V, Strohal § 43 b I, Staudinger-Herzfelder Anm. VI zu § 2270/1, Planck Anm. VII zu § 2271, Zetzsche S. 57 ff, RG. 58, 64; RG. JW. 1911, 985; Recht 1909 Nr. 699; OLG.-Rspr. 21, 361; a. M. Dernburg § 93 Anm. 3.
[7]) Für die Annahme der Absicht der Beeinträchtigung genügt nicht bloß das Bewußtsein, daß durch die Schenkung dem Erben ein Nachteil entsteht, sondern es muß eigentlicher Zweck und Hauptbeweggrund der Schenkung ein, dem Erben die Vorteile der Erbeinsetzung zu entziehen. OLG. Hamburg Hans. GZ. 20 Bbl. 81, RG. 77, 113.

geregelt hätte. Hat also der Überlebende in der Absicht[7]), den aus dem gemeinschaftlichen Testament Bedachten zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann dieser nach dem Anfall der Erbschaft die Herausgabe des Geschenkes verlangen[8]). Entsprechendes gilt nach § 2288 für ein Vermächtnis.

Mittelbare Abänderungen einer wechselbezüglichen Verfügung, insbesondere Beschränkungen und Beschwerungen des Bedachten durch letztwillige Verfügungen des überlebenden Ehegatten werden im wirtschaftlichen Ergebnis oft einem Widerruf gleichkommen. In diesem Fall muß man untersuchen, ob es sich um wesentliche oder unwesentliche Änderungen handelt; man muß zurückgehen auf den mutmaßlichen Willen der Erblasser und zu entscheiden versuchen, ob die Anordnung der Belastung oder Beschränkung eine Vereitelung des Willens des Verstorbenen bedeutet oder nicht. Meist wollen die Erblasser ihr nachgelassenes Vermögen nach einem bestimmten Verhältnis verteilen; der Gedanke, andere letztwillige Wünsche, die sich nach dem Tode eines Gatten ergeben können, auszuschließen, wird ihnen meist fern liegen. Deshalb muß der Überlebende berechtigt sein, durch Testament Vermächtnisse und Auflagen anzuordnen, wenn nur der Hauptzweck des gemeinschaftlichen Testaments, eine bestimmte Verteilung des Vermögens unter Abkömmlinge und Verwandte gewahrt bleibt. Dabei ist von der Annahme auszugehen, daß die Ehegatten u. U. stillschweigend sich die Befugnis vorbehalten haben, kleinere Vermächtnisse und Auflagen, die den Hauptzweck des gemeinschaftlichen Testaments nicht in Frage stellen, auch einseitig anzuordnen[9]). Bis zu welcher Grenze das gestattet sein soll, ist nicht eindeutig und allgemein bestimmbar. Für Vermächtnisse setzte das ALR. 5 % des Nachlasses fest, Es wird sich empfehlen, wenn die Erblasser eine dahingehende Bestimmung im Testament treffen.

Verfügungen der besprochenen Art können in jeder für ein einseitiges Testament genügenden Form getroffen werden[10]).

Handelt es sich aber um wesentliche Beschränkungen oder Belastungen, dann ist außerdem noch Widerruf nach § 2271 I u. II notwendig. Nach dem Tod eines Ehegatten können solche nur unter denselben Voraussetzungen wie eine Aufhebung getroffen werden, also durch Ausschlagung gemäß § 2271 II oder auf Grund eines entsprechenden Vorbehalts. Keinen Unterschied zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abänderungen machen Planck

---

[8]) § 2287.

[9]) RGR-Komm. Anm. 3 zu § 2271; RG. Warn. 1920. Nr. 18. Kreiss S. 83 wendet sich gegen jedes einseitige Vermächtnis oder Auflage.

[10]) Frommhold S. 244.

u. a.[11]). Nach ihnen ist jede Änderung einem Widerruf schlechthin gleichzustellen. Dernburg dagegen scheint Vermächtnisse durch einseitiges Testament unbeschränkt zuzulassen[12]).

§ 8.

3. Gleichzeitiger Widerruf wechselbezüglicher und nichtwechselbezüglicher Verfügungen.

Nach dem Gesetz sind für den Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen andere Formen einzuhalten als für die u. U. im gleichen gemeinschaftlichen Testament enthaltenen nichtwechselbezüglichen Verfügungen. Will daher ein Ehegatte seine im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen als auch die nichtwechselbezüglichen Verfügungen aufheben, dann muß er bei Lebzeiten des anderen Ehegatten neben dem Widerruf nach § 2271 I auch die Formen der §§ 2253—58 beobachten. Nach dem Tod eines Ehegatten fällt die Form des § 2271 I weg, es genügt also für beide Arten von Verfügungen ein Widerruf nach § 2254 ff. in Verbindung mit der Ausschlagung des Zugewendeten[1]).

Ist es zweifelhaft, ob eine Verfügung wechselbezüglich ist oder nicht, dann empfiehlt es sich, beide Formen zu wahren, also bei der Protokollierung des Widerrufs i. S. des § 2271 Abs. 1 durch Zuziehung zweier Zeugen oder eines zweiten Notars der Testamentsform zu genügen.

§ 9.

V. Abänderung des gesetzlichen Widerrufsrechtes.

Ein Verzicht auf das Widerrufsrecht ist unmöglich. Nach § 2302 ist eine solche Beschränkung der Testierfreiheit nicht gestattet[1]). Eine gewisse Ausnahme von diesem Grundsatz bedeutet die Bestimmung des § 2271 II. Wenn ein Ehegatte gestorben ist, erlischt

---

[11]) Planck Anm. VI zu § 2271; Staudinger-Herzfelder Anm. IV zu §§ 2270/1: jede Änderung ist als mindestens teilweiser Widerruf zu betrachten." Vgl. dazu S. 35 ff oben.

[12]) Bd. 6, 2 S. 261.

[1]) RGR-Komm. A. 1 zu § 2271, Kretzschmar S. 214, Martens S. 78, Wohlfahrt S. 70, Goldmann S. 90.

[1]) Staudinger-Herzfelder Anm. III B 1 zu §§ 2270/1 meint unter Bezugnahme auf die Praxis, eine Bestimmung im gemeinschaftlichen Testament, daß es mit beiderseitiger Einwilligung aufgehoben oder abgeändert werden könne, gebe der Verfügung die Natur des Erbvertrags und der Überlebende könne auch durch Ausschlagung nicht sein Widerrufsrecht zurückgewinnen.

das Recht zum Widerruf. Allerdings bleibt das Recht des Erblassers, über sein Vermögen zu verfügen, insofern erhalten, als er sich die Testierfreiheit wieder verschaffen kann, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. Außerdem enthält § 2271 II bezüglich des Erlöschens des Widerrufsrechts nicht zwingendes, sondern dispositives Recht. Eine Anordnung, die in einem gemeinschaftlichen Testament dem überlebenden Ehegatten die Befugnis einräumt, auch nach dem Tod des andern Gatten einzelne Bestimmungen des Testaments oder das ganze Testament aufzuheben oder zu ändern, ist daher, auch wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken, zulässig. Die Bedeutung einer solchen Bestimmung kann jedoch nach den Umständen verschieden sein. Die Anordnung kann einmal dahin gemeint sein, daß dem überlebenden Ehegatten die Befugnis eingeräumt werden soll, seine eigenen Verfügungen, auch soweit sie wechselbezüglichen Charakter tragen, noch nach dem Tode des Erstversterbenden zu widerrufen und damit die in den §§ 2270/71 vorgesehenen Wirkungen herbeizuführen [2]). Sie kann aber auch dahin gemeint sein, daß das Verhältnis der Wechselbezüglichkeit, das nach § 2270 II im Zweifel der gegenseitigen Erbeinsetzung zu entnehmen ist, ausgeschlossen sein soll und die gemeinschaftlichen Anordnungen dadurch bedingt sein sollen, daß der überlebende Gatte nicht anderweitig letztwillig verfügen werde [3]). Welche von den beiden angedeuteten Wirkungen eine solche Bestimmung hat, ist durch Auslegung festzustellen. In der Regel wird allerdings angenommen werden müssen, daß zwar der Widerruf nach dem Tod eines Ehegatten auch nach der Annahme des dem Überlebenden im gemeinschaftlichen Testament Zugewandten ermöglicht werden soll, daß aber dieser Widerruf die aus der Wechselbezüglichkeit sich ergebenden Folgen des § 2270 I nach sich ziehen soll. Es genügt, wenn sich der überlebende Ehegatte dazu der allgemeinen Widerrufsformen der §§ 2253 ff. bedient. Aber nur eine Beschränkung der Bindung des Überlebenden ist möglich, nicht etwa auch eine Befreiung von den Formvorschriften des BGB. [4]). Bei späteren einseitigen Testamenten des Überlebenden (auch sogenannte Nachzettel), deren Errichtung ihm im gemeinschaftlichen Testament gestattet ist, müssen daher die für die Errichtung eines Testaments gültigen Formen eingehalten werden.

In der Regel ist die Testamentsklausel über die Gestattung späterer Testamentserrichtung durch den Mittestator bei wechsel-

[2] Vgl. Seuff. A. 76, 163, RG. Warn. E 21, 92; § 2271 II enthält nicht zwingendes, sondern dispositives Recht. Deshalb kann in dem gemeinschaftlichen Testament ein Widerruf der wechselbezüglichen Verfügungen des Überlebenden auch nach dem Tode des Erstversterbenden zugelassen werden.

[3]) KG. JRdsch. 25, Nr. 1640.

[4]) RG. Recht 23, Nr. 54.

bezüglichen Testamenten dahin zu verstehen, daß dem Überlebenden nur die Befugnis eingeräumt wird, das eigene Testament zu machen, nicht aber auch die Wirkungen des Testaments des Erstverstorbenen zu beseitigen. Abänderungen des Überlebenden an Verfügungen des Verstorbenen, die mit dessen ausdrücklicher, im gemeinschaftlichen Testament festgelegter Ermächtigung vorgenommen werden, sind bezüglich ihrer Gültigkeit darnach zu beurteilen, ob sie sich mit § 2065 vereinbaren lassen [5]).

---

[5]) RGR-Komm. Anm. 4 zu § 2271 a. E., Enneccerus-Kipp-Wolff § 28. III 2 b.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich am 14. November 1900 in Stuttgart als Sohn des damaligen Oberkellners, jetzigen Gastwirts Wilhelm Bruy in Zuffenhausen. Meine Schulbildung erhielt ich in der Realschule Feuerbach, wo ich im Juli 1915, das sogen. Einjährigen-Examen bestand. Die unsicheren Verhältnisse der Kriegszeit veranlaßten meinen Vater, mich im Lehrerseminar Eßlingen zum Volksschullehrer ausbilden zu lassen. Am 21. Juni 1918 bestand ich die erste Volksschuldienstprüfung. Vom 1. Juli 1918 bis zum 3. Februar 1919 war ich zum Heeresdienst beim F. Art.-Regt. 13 in Cannstatt eingezogen.

Am 4. Februar 1919 wurde ich als unständiger Lehrer im Württ. Volksschuldienst angestellt und war in dieser Eigenschaft bis zum 15. April 1924 in Engelsbrandt OA. Neuenbürg, Kornwestheim, Zuffenhausen und Wimsheim OA. Leonberg tätig. Im Herbst 1922 bestand ich die zweite Volksschuldienstprüfung. Vom 15. April 1924 ab wurde ich zum Studium beurlaubt. Ich studierte im Sommer 1924 und Winter 1924/25 an der Universität Tübingen Philosophie, Pädagogik und Staatswissenschaften. Nachdem ich im Frühjahr 1925 die Ergänzungsprüfung zur Reifeprüfung in Latein und Englisch bestanden hatte, studierte ich 6 Semester in München, Berlin und Tübingen Rechts- und Staatswissenschaft und bestand im Frühjahr 1928 die erste höhere Justizdienstprüfung. Seit 11. Juni 1928 bin ich Referendar beim Amtsgericht Ludwigsburg.